

UR.

X-54-108032-5

TD/173

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO. AREA  
DE DERECHO CIVIL.

"LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS  
PADRES POR LOS ACTOS DAÑOSOS DE LOS HIJOS MENORES  
DE EDAD"

Tesis presentada por Maria  
Esther Gómez Calle, realizada  
bajo la dirección del  
Catedrático Dr. D. Jose Ma  
Miquel González.

R.D. 70.553

1990



## • TOMO I

<b><u>I. INTRODUCCION</u></b> .....	1
<b><u>II. ESTADO DE LA CUESTION</u></b> .....	4
<b><u>II.A) LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD. POSIBLES ENFOQUES</u></b> .....	5
1. La noción de imputabilidad civil. ....	5
2. La imputabilidad como requisito legal de la responsabilidad por culpa del menor. ....	7
3. Discusión doctrinal en torno a la necesidad del requisito de la imputabilidad del menor para fundamentar su obligación de responder. ....	9
A) La tesis de la irresponsabilidad del infante. ....	11
B) La tesis favorable a la responsabilidad del infante. ....	12
C) Una propuesta de solución: El seguro de responsabilidad obligatorio. ....	19
4. La inimputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del menor en base a consideraciones de equidad. ....	19
5. La extensión de la responsabilidad patrimonial del menor. ....	25
<b><u>II.B) RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES FRENTE A LA VICTIMA DEL HECHO DAÑOSO CAUSADO POR EL HIJO MENOR DE EDAD</u></b> .....	27
1. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad de los padres. ....	29
a) Consagración positiva del principio desde la Codificación. Responsabilidad por propia culpa de los padres: su relación con los deberes de vigilar y educar a los hijos menores de edad. ....	29
b) Críticas al fundamento subjetivo de la responsabilidad de los padres. ....	38
2. La configuración objetiva de la responsabilidad de los padres. Ensayos de justificación. ....	41

<b>III. <u>LA DOBLE REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTOS DAÑOSOS DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.</u></b>	59
<b>I. <u>INTRODUCCION</u></b>	60
<b>II. <u>PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DOBLE REGULACION</u></b>	
1. Las divergencias en la regulación; enjuiciamiento crítico.....	62
2. La intervención de dos órdenes jurisdiccionales. ....	64
3. La determinación de las normas a aplicar por el juez competente para decidir acerca de la responsabilidad civil. ....	71
A. Punto de partida: la delimitación entre los presupuestos de los arts. 1092 y 1093 Cc. ....	71
B. Las diferentes posibilidades de ejercicio de las acciones penales y civiles cuando el daño deriva de un hecho penalmente tipificado. Referencia particular a la jurisprudencia. ....	77
a) Ejercicio conjunto de las acciones penal y civil. ....	77
- Delito o falta cometidos por menor penalmente imputable.....	80
- Realización de acto dañoso penalmente tipificado por menor de edad penal. ....	91
b) Ejercicio de la acción penal con expresa reserva de la acción civil para ejercitarla una vez concluya el juicio penal. ....	100
c) Ejercicio exclusivo de la acción civil en proceso civil. ....	103
<b>III. <u>PROPUESTA DE SOLUCION. LA CONFIGURACION DE LA RELACION ENTRE LAS NORMAS DEL CODIGO PENAL Y LAS DEL CODIGO CIVIL COMO CONCURSO DE LEYES FUNDAMENTADORAS DE UNA UNICA PRETENSION.</u></b>	
1. Justificación del concurso de leyes. ....	105
2. La superación del establecimiento de una separación absoluta entre las normas de ambos Códigos. ....	109
A. El tenor literal de los arts. 1092 y 1093 Cc. ....	110
B. Razón histórica que explica la duplicidad normativa. ....	110
C. Vías de integración. ....	117
3. Proyecciones de la afirmación del concurso de leyes en este ámbito. ....	119

<b>IV. LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR AUTOR MATERIAL DEL ACTO DAÑOSO EN LOS ORDENAMIENTOS ALEMAN Y ESPAÑOL. ....</b>	<b>122</b>
<b>IV.1. LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR EN DERECHO ALEMAN: EN PARTICULAR, LOS CRITERIOS DE IMPUTACION.</b>	
1. CONSIDERACIONES PREVIAS. ....	123
2. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL MENOR. ....	124
2.1. Los §§ 828 y 276 BGB. ....	126
2.2. Los conceptos de imputabilidad y de negligencia. Intentos de delimitación y de articulación. ....	128
A) Puntos de partida. ....	128
B) Líneas jurisprudenciales. ....	130
C) Revisión doctrinal. ....	136
D) Conclusiones: el § 828 BGB como norma excepcional de protección al menor de edad. ....	141
3. LA RESPONSABILIDAD POR EQUIDAD DEL MENOR DE EDAD (<BILLIGKEITSHAFTUNG>). ....	144
3.1. Carácter de la responsabilidad por equidad y ratio del § 829 BGB. ....	144
3.2. Presupuestos de aplicación del § 829 por lo que se refiere a los menores de edad. ....	148
A) Comisión de alguno de los actos lesivos señalados en los §§ 823 a 826 por un menor inimputable en base al § 828. Posibilidad de aplicación analógica del § 829 cuando el menor imputable no actuó negligentemente conforme al § 276. ....	148
B) No obtención de la reparación de los terceros obligados a la vigilancia del menor. ....	153
C) La reparación del daño como exigencia de la equidad. ....	154
3.3. Circunstancias a ponderar para la decisión conforme a la equidad. ....	155
4. CONCLUSIONES. ....	166
<b>IV.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL. ....</b>	<b>168</b>
<b>A) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR CONFORME AL CODIGO CIVIL.</b>	
a) Art. 1902. ....	169
b) Art. 1905. ....	179

#### IV

B)	<u>LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR</u>	
	<u>CONFORME AL CODIGO PENAL.</u>	181
a)	Art. 19.	181
b)	Art. 20.1ª pfo. 2.	183
	1.- Carácter de la responsabilidad y finalidad de la norma.	183
	2.- Fundamento de la responsabilidad.	187
	3.- Extensión de la obligación de responder.	189
C)	<u>ARTICULACION DE LAS REGULACIONES CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD.</u>	192
a)	La responsabilidad civil del civilmente inimputable.	193
b)	La responsabilidad del menor civilmente imputable.	199
c)	Opinión personal.	203

#### • TOMO II

V.	<u>LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ACTOS DAÑOSOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN LOS ORDENAMIENTOS ALEMAN Y ESPAÑOL.</u>	206
V.I.	<u>FUNDAMENTO Y CARACTERES.</u>	207
V.I.1.	EN EL DERECHO ALEMAN.	208
V.I.2.	EN EL DERECHO ESPAÑOL.	216
A)	CONFORME AL Cc.	217
a)	Art. 1903.	217
b)	Art. 1910.	227
B)	CONFORME AL Cp.	229
a)	Art. 20.1ª.	229
b)	Art. 22.	234
C)	REVISION CRITICA ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES EN EL DERECHO ESPAÑOL.	250
a)	La nueva configuración de la patria potestad.	250
b)	La pretendida imposibilidad de aportar la prueba exoneratoria.	253
V.II.	<u>PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA.</u>	262
V.II.1.	LOS PRESUPUESTOS DE APLICACION DEL § 832 BGB POR CUANTO SE REFIERE A LA RESPONSABILIDAD PATERNA.	
1º	Acto objetivamente culposo del hijo que infiere un daño a un tercero.	263
2º	Los padres han de estar obligados a la vigilancia del hijo.	266
3º	Infracción culpable del deber de vigilancia de los padres y nexo causal entre la misma y el daño producido.	278

<b>V.II.2. LOS PRESUPUESTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL</b>	
CONFORME A LOS ARTS. 1903 Cc Y 20.1a Cp. ....	279
1º Causación directa de un daño por el hijo. ....	279
2º El hijo ha de hallarse bajo la guarda de los padres responsables. ....	288
3º Acción u omisión culposa de los padres en el ejercicio de la guarda de los hijos y nexo causal entre aquélla y la producción del daño. ...	303
<b>V.III. <u>EN TORNO A LA JUSTIFICACION DE LA REGULACION</u></b>	
<b><u>DE LA RESPONSABILIDAD PATERNA EN LOS ARTS.</u></b>	
<b><u>1903 Cc Y 20.1a Cp.</u></b>	
1º. Justificación de la regulación de la responsabilidad paterna en el art 20.1 a Cp en relación con el 1903 Cc. ....	304
2º. Justificación de la regulación de la responsabilidad paterna en el art. 1903 Cc en relación con el art. 1902 Cc. ....	306
<b>V.IV. <u>CONTENIDO Y EXTENSION DEL DEBER DE CUIDADO DE</u></b>	
<b><u>LOS PADRES SOBRE LOS HIJOS A FIN DE PREVENIR</u></b>	
<b><u>LA CAUSACION DE DAÑOS A TERCEROS.</u></b> ....	309
<b>V.IV.1. EN EL DERECHO ALEMAN.</b> ....	310
1. Definición global y nivel de exigencia. ....	310
2. Datos a ponderar en la determinación del contenido del deber de vigilancia en el caso concreto. ....	314
3. Las concretas medidas de vigilancia. ....	324
4. Límites en el ejercicio de la vigilancia. ....	331
5. Resumen y conclusiones. ....	336
<b>V.IV.2. EN EL DERECHO ESPAÑOL.</b> ....	338
<b><u>VI. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES.</u></b> ....	344
<b><u>VI.1. EN DERECHO ALEMAN.</u></b> ....	345
1º La responsabilidad del menor y de los padres. ....	345
2º La responsabilidad de los padres. ....	351
3º Concurrencia de varios títulos de imputación en el progenitor llamado a responder. ....	352
4º La posible responsabilidad de un tercero: su incidencia en las responsabilidades del menor y de los padres. ....	354
5º Participación de la víctima en la causación del daño. Particular referencia a los supuestos de víctima menor de edad.	
a) La consideración de la imputabilidad de la víctima menor a los efectos de la reducción de la indemnización. ....	358
b) La eventual responsabilidad de los padres de la víctima menor por inadecuado cumplimiento de su deber de vigilancia. ....	368

## VI

<b>VI.2. EN DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>374</b>
1º La responsabilidad de los padres en relación con la del hijo.....	375
2º La responsabilidad de los padres.....	399
3º Concurrencia de varios títulos de imputación en el progenitor llamado a responder.....	406
4º La eventual responsabilidad de un tercero: su incidencia en la responsabilidad del menor y de los padres.....	408
5º Participación de la víctima en la producción del daño. Particular referencia a los supuestos de víctima menor de edad.....	416
a) La imputabilidad de la víctima: ¿presupuesto para la reducción de la indemnización?.....	417
b) La posibilidad de culpa <i>in vigilando</i> de parte de los padres de la víctima menor. ....	429
<b><u>CONCLUSIONES.</u> ....</b>	<b>433</b>

### **APENDICES:**

1. ABREVIATURAS.
2. BIBLIOGRAFIA.
3. RELACION DE SENTENCIAS.



## I. INTRODUCCION.

Nuestro tema se sitúa en el marco del Derecho de daños, cuya extraordinaria relevancia y actualidad no es preciso subrayar. El sector que aquí se trata no es, cuantitativamente, el más relevante, aunque en muchos países se ha apreciado en los últimos años un sensible aumento de este tipo de litigios, por circunstancias que son comunes a todos los supuestos de responsabilidad extracontractual: de un lado, el aumento del número de accidentes y, de otro, la menor resignación de las víctimas para soportar en solitario el daño.

El incremento de los daños ocasionados por menores de edad está en relación con el maquinismo y tecnificación propios de nuestra época y con los que cada vez más niños y jóvenes entran en contacto a más temprana edad (piénsese, por ejemplo, en la circulación con motocicleta). Pero, además, hay que tener en cuenta que la capacidad efectiva de los padres para controlar a sus hijos, sobre todo a medida que éstos crecen, es actualmente bastante más reducida de lo que fué en otros tiempos: no es ya sólo que los padres normalmente trabajen y pasen el día separados de sus hijos, es también que la propia sociedad reconoce al menor un ámbito creciente de independencia y autodeterminación, lo cual viene avalado por muchos ordenamientos jurídicos en aras del libre desarrollo de la personalidad del niño.

Al propio tiempo, las víctimas se deciden cada vez con mayor frecuencia a acudir a los tribunales demandando la reparación del perjuicio; este proceso es particularmente evidente en aquellos países en que es usual que los padres suscriban un seguro de responsabilidad por los daños que ocasionen sus hijos. A ello contribuye en gran medida la innegable tendencia judicial a proteger al damnificado, arbitrando a tal fin vías que -más o menos acomodadas al Derecho positivo- permiten garantizar la reparación del daño.

Lo dicho apunta ya al complejo entramado de intereses que la responsabilidad de los padres suscita. No es sólo que el número de litigios vaya en aumento; es también -y fundamentalmente- que su estudio conduce a cuestiones clave en el actual Derecho de daños: hasta qué punto sigue sirviendo la culpa como criterio de imputación de responsabilidad a los padres, en qué medida la imputabilidad del agente directo del daño debe operar en la determinación de la responsabilidad del propio menor y, finalmente, cómo ha de influir el principio *pro damnato* en la búsqueda de un patrimonio que afronte las consecuencias del acto dañoso. Interrogantes para cuya respuesta habrá que tener muy presente el nuevo modelo que de las relaciones paterno-filiales se ha plasmado en nuestro ordenamiento y en otros muchos de nuestro entorno.

De lo expresado hasta aquí se deduce que las cuestiones que suscita la responsabilidad de los padres son comunes a varios ordenamientos próximos al nuestro, dado que la situación real es similar y los intereses en juego coincidentes. Como se verá, los razonamientos jurídicos y las soluciones apuntadas en países tales como Francia, Italia o la R.F.A. son frecuentemente paralelos, con independencia de su país de origen. De ahí que en el presente estudio se haya adoptado un método comparado. El mismo es aplicado ya en el Capítulo II de la Tesis para presentar el estado actual de la cuestión, atendiendo tanto a las normas positivas de países vecinos, como a las consideraciones doctrinales que su aplicación suscita; con ello se pretende establecer un punto de partida que sirva como referencia para el estudio posterior de la responsabilidad de los padres y la del propio menor (responsabilidad ésta que ha de tenerse en cuenta para una presentación completa del tema).

En nuestro Derecho, sin embargo, se da una peculiaridad: la regulación que nos afecta se encuentra desdoblada en los Códigos

civil y penal, lo cual motiva en la práctica no pocos problemas; a su desglose procedo en el Capítulo III, para concluir con una propuesta de articulación de ambos grupos de normas.

Con este planteamiento, me centro ya en los Capítulos siguientes en la comparación de nuestra regulación con la de la R.F.A.; el estudio en profundidad de las normas de este país aporta datos altamente relevantes para el entendimiento y posible solución de los problemas que nuestro tema presenta: en cuanto a la responsabilidad del menor (Capítulo IV), lo que se refiere a los criterios de imputación y su coordinación con los intereses del tráfico, partiendo de dos niveles de cuidado exigible; y, desde la perspectiva de la responsabilidad paterna, su fundamento y determinación (Capítulo V), interesa muy especialmente la práctica judicial alemana, que, partiendo de una norma básicamente coincidente con la española, se diferencia de forma muy considerable de la línea de nuestros tribunales.

El último Capítulo de la Tesis (el VI) se centra en la exigencia de responsabilidades: cómo se articula la del menor con la de los padres, hasta qué punto la de éstos afecta a ambos progenitores o puede hacerlo a uno sólo de ellos; qué ocurre cuando en los mismos recaen varios títulos de imputación, o cuando contribuyen a la causación de un daño un tercero o la propia víctima, con particular referencia, en este último caso, a las hipótesis en que el perjudicado es también un menor de edad.

La Tesis se cierra con la sistematización de las conclusiones alcanzadas en este trabajo.

CAPITULO II

ESTADO DE LA CUESTION.

A) LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD. POSIBLES ENFOQUES.

¿Debe un menor de edad responder de las consecuencias dañosas de sus actos?. La solución depende del fundamento que se atribuya a la obligación de responder y, por tanto, del interés que se considere prioritario en este orden de conflictos. Por ello, enfoco su estudio desde las distintas consideraciones de que ha sido objeto la imputabilidad o inimputabilidad del menor a los efectos de atribuirle las consecuencias de su actuar.

1. La noción de imputabilidad civil

Un primer acercamiento a este concepto puede partir de su contraposición al de "*imputación*" tal y como éste es entendido cuando, v.gr., se habla de la culpa como "*criterio de imputación de responsabilidad*": "*imputación*" señala hacia un resultado, el de la atribución de responsabilidad y determinación de la persona llamada a reparar el daño; "*imputabilidad*", en cambio, implica algo previo a la imputación, una cualidad que debe recaer en el sujeto para que pueda atribuírsele tal resultado.

Se trata, por consiguiente, de un requisito subjetivo e individual que va referido al agente -implicando cierta idea de reproche- y no al acto; de ahí que tenga su campo de actuación en el seno de la responsabilidad por culpa y que surgiera precisamente con la progresiva espiritualización y subjetivación de la responsabilidad objetiva propia de los Derechos primitivos. Se configura así como el elemento subjetivo de la culpa, al lado del elemento objetivo o de transgresión de una pauta de conducta general (1).

---

1 En este sentido, v.gr., SAVATIER, R.: "Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural", 2a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris 1951, t.I, nº 4, pg. 5: "...la faute comporte deux éléments, l'un surtout objectif, le devoir violé, l'autre plutôt subjectif,

La *imputabilidad* implica una capacidad de entender y querer (2). Es decir, que requiere, por un lado, un *elemento intelectual*, cual es la capacidad de discernimiento precisa para comprender la entidad del propio acto y de sus posibles consecuencias. De otro, engloba también la capacidad de dirección o *madurez volitiva*, esto es, la capacidad de determinar la voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas y de comportarse en consecuencia (3); aquí entrarían en consideración ciertos caracteres y formas de reaccionar propios de la niñez, tales como el escaso control de los propios actos o de instintos agresivos o de defensa, la tendencia

---

*l'imputabilité à l'agent*"; RODIÈRE, R.: "La responsabilité civile", t. IX bis del Cours de droit civil de Ch. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, 1952, nº 1395; y CHABAS, F.: Nota, Recueil Dalloz Sirey 1984-I, pg. 531.

En relación con el juego de ambos elementos por lo que afecta a la responsabilidad por culpa del menor resulta especialmente interesante el caso de la R.F.A., en cuyo BGB queda bien clara tanto la exigencia de «*Verschulden*» o culpa (§ 276) como de «*Verschuldensfähigkeit*» o capacidad de culpa (§ 828); al respecto me remito a las pgs. 423 y ss. del Aptdo. IV.1.

- 2 Sobre la noción de imputabilidad, vid. JOURDAIN, P.: "Responsabilité fondée sur la faute: Imputabilité et faits justificatifs", Juris Classeur Civil, Art. 1382 à 1386, 8, 1986, fasc. 121, pg. 4. Asimismo, FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M.: "Imputabilidad y responsabilidad objetiva", ADC 1968, pgs. 579 y ss; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces", Estudios de Derecho civil en honor al prof. Castán Tobeñas, T.II, Eds. Universidad de Navarra, Pamplona 1969, pgs. 79 y 80.

- 3 Una Sentencia de la Cassazione italiana define así la capacidad de entender y querer: "La nozioni di capacità di intendere e di volere può ritenersi pacifica secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti: l'una consiste nell'attitudine a valutare adeguatamente il valore sociale dell'atto concreto [... ..], e l'altra nella facoltà di volere ciò che si giudica doversi fare, ossia nella capacità di determinarsi in modo autonomo, più che in funzione dei soli impulsi" (Cass. civ., Sez. III, 4.4.1959, n. 1006: Stella c. Pecci, Resp. civ. prev., 1960, 58).

al juego y la absorción en su dinámica, la impericia manual, la curiosidad, etc. (4).

En cuanto a los menores, modernos estudios psicológicos han puesto de relieve que durante el período de la infancia (esto es, hasta los 6 ó 7 años de edad) no se goza de la capacidad precisa para comprender la importancia de la propia actuación y para sentirse vinculado por ciertas obligaciones hacia los demás, sino que, más bien, se actúa conforme a reglas puramente egocéntricas e individuales (5). Es en el período de los 7 a los 10 años cuando comienzan a desarrollarse en el menor los caracteres que permiten ya hablar de su capacidad de culpa (6).

## 2. La imputabilidad como requisito legal de la responsabilidad por culpa del menor

En Derecho comparado, son comunes las normas que parten del criterio de la edad biológica para establecer la inimputabilidad de los menores que no hayan llegado a cierta edad; así ocurre en el ordenamiento argentino (7), el de la R.F.A. (8), el austríaco (9), el

---

4 Vid. SCHÄFER, K.: Comentario al § 828 BGB, en Staudingers Kommentar zum BGB, 12. Aufl. II, §§ 823-832, J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin 1986, pgs. 675 y 676.

Acerca de la conveniencia de consagrar positivamente ambos elementos como requisitos de la imputabilidad del menor o sólo el primero de ellos, resulta ilustrativa la polémica doctrinal desarrollada en la R.F.A.: vid. pgs. 436 y 437 del Aptdo. 1 del Cap. IV este estudio.

5 Vid. PIAGET, J.: "Le jugement moral chez l'enfant", P.U.F., 4a ed., 1973, pg. 33.

6 Vid. WILLE, R. y BETTGE, F.: "Empirische Untersuchungen zur Deliktsfähigkeit nach § 828 BGB", VersR 1971, pgs. 878 y ss., en particular 881.

7 Conforme al C.c. de Argentina (reformado el año 1985 en materia de responsabilidad civil de los padres por la Ley n° 23.264), el menor de 10 años es inimputable (art. 921), por lo que serán los padres quienes habrán de responder por los daños que ocasione (art. 1114).

portugués (10) y en varios países del Este europeo (11). En estos casos, superada la barrera de la edad biológica que determina la capacidad de culpa, se abre un período que concluye con la mayor edad y respecto del cual se acude en ocasiones a la noción de la madurez intelectual y/o madurez volitiva del menor como criterio legal determinante de su responsabilidad por culpa; una pauta mixta de este tipo es la adoptada por el BGB (12), el C.c. portugués (13) y por algunos Códigos socialistas (14).

Otros ordenamientos, como el italiano, prescinden de la edad concreta del menor para hacer depender su imputabilidad exclusivamente de su capacidad de entender o querer (15).

- 
- 8     A tenor del pfo. 1º del § 828 BGB, *"quien no ha cumplido el séptimo año de vida, no es responsable por un daño que infiera a otro"*.
  - 9     La barrera se fija en este caso en los 14 años (§§ 21 y 248.II ABGB).
  - 10    El art. 488 pfo. 2º del C.c. portugués de 1966 establece la presunción de inimputabilidad de los menores de 7 años.
  - 11    Vid. al respecto SANILEVICI, R.: "La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens", Rev. int. dr. comp. 1981, pg. 830.
  - 12    El pfo. 2º del § 828 establece que el mayor de 7 años pero menor de 18 no es responsable por el daño inferido a un tercero si en el momento de su actuación dañosa no tenía el *"entendimiento preciso para reconocer la responsabilidad"*.
  - 13    Así se deduce del juego de los dos pfos. del art. 488, estableciéndose en el 1º que *"nao responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório"* (obsérvese que el texto transcrito coincide exactamente con el art. 2046 del Codice civile italiano de 1942 -vid. infra-, del que el art. 488 C.c. portugués sólo se distingue por la adición de la presunción de inimputabilidad contenida en su pfo. 2º).
  - 14    Así, en los Códigos civiles de Hungría (de 1959), la antigua R.D.A. (de 1976), Polonia y la U.R.S.S. (los dos últimos de 1964).
  - 15    Según el art. 2046 Codice civile italiano, *"non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa"*.



3. Discusión doctrinal en torno a la necesidad del requisito de la imputabilidad del menor para fundamentar su obligación de responder.

Existen ordenamientos jurídicos que no contemplan explícitamente el tema de la responsabilidad del menor (o, al menos, el de su responsabilidad por culpa), por lo que tribunales y doctrina se han visto forzados a buscar una solución a partir, sobre todo, de las normas generales relativas a la responsabilidad civil extracontractual.

Tal es el caso de nuestro Cc, en el que falta toda referencia expresa al tema de la imputabilidad civil del menor y en el que el art. 1902 no establece limitación alguna, en razón de la mayor o menor edad del agente.

Otro tanto ocurre en el C.c. francés (16).

- 
- 16 En efecto, ninguna referencia explícita al menor hacen ni el art. 1382 (que establece el principio general en materia de responsabilidad civil extracontractual), ni el art. 1384 (por cuanto afecta a la responsabilidad del "guardián" de una cosa), ni, finalmente, el art. 489-2 C.c. (este último fue una novedad introducida por Ley de 3.1.1968 y dió origen a una considerable polémica en el seno de la doctrina francesa, precisamente con motivo de sus posibles proyecciones sobre el ámbito de los menores inconscientes o infantes; sobre los términos de esta polémica, resuelta a raíz de ciertas sentencias de la Cour de Cass. en 1984, vid. JOURDAIN, P.: "Responsabilité fondée sur...", cit., pgs. 11, 13 y 14.

Según el art. 1382, *"tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"*. El art. 1384 establece en su 1.º pfo.: *"On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde"*. Por último, conforme al art. 489-2, *"celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation"*.

La ausencia de una regulación expresa de la responsabilidad por culpa del menor ha determinado una gran polémica en torno a los criterios que han de servir de fundamento para imponerle la obligación de reparar el daño causado y, por consiguiente, en torno al papel que el dato de la inimputabilidad del agente está llamado a jugar en estos supuestos (17). La discusión -que se ha desarrollado con una particular viveza en Francia y que, como se verá, tampoco es cuestión pacífica en nuestro país- se centra en la responsabilidad o irresponsabilidad del inimputable, esto es, por lo que aquí interesa, en la responsabilidad del infante (como menor que no "discierne").

Al margen de los argumentos deducibles de las normas de cada ordenamiento jurídico, existen unas líneas de pensamiento comunes a los partidarios de una u otra tesis (18). Veámos cuáles son.

---

17 Y es que, como acertadamente subrayó Raymond LEGEAIS, *"...dans le domaine où les textes sont rares, elliptiques, les notions fondamentales elles-mêmes peu nombreuses, la double recherche devient d'une difficulté extrême alors que la formation saisie par un pourvoi dans une affaire concrète doit statuer en fonction des moyens présentés, de raisonnements déjà faits par la juridiction dont la décision est attaquée"* ("Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile?", Recueil Dalloz Sirey 1984-II, Chr. XXXIX, pg. 242).

18 Para un planteamiento global de la cuestión, vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad", Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas, t. IV, Eds. Universidad de Navarra, Pamplona 1969, pgs. 314 y ss.; BLANC-JOUVAN, X.: "La responsabilité de l'«infans»", Rev.tr.dr.civ. 1958, pgs. 28 y ss., en particular 35 a 37 y 44 y ss.; y WAREMBOURG-AUQUE, F.: "Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'«infans»", Rev.tr.dr. civ. 1982, pgs. 329 y ss.

A) La tesis de la irresponsabilidad del infante.

- A favor de esta postura, algunos autores han equiparado el acto del infante al *caso fortuito* o de *fuerza mayor*, con la consecuencia de que la víctima debe soportar por sí sola sus consecuencias (19).

- La base más sólida para esta tesis la ofrece la afirmación a ultranta del carácter subjetivo de la responsabilidad civil (20). Si

19 En este sentido se expresa CONDE-PUMPIDO, para quien la ausencia del elemento volitivo que caracteriza al actuar humano determina, como ocurre en el caso de los infantes, que se trate en realidad de una "no-acción" o "un hecho equiparable a los hechos de la naturaleza" (vid. "Los problemas de la...", cit., pg. 83); asimismo, vid. ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", Universidad de Deusto, Bilbao 1988, pg. 110; LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "la responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos", Tecnos, Madrid 1988, pg. 185; y ALBALADEJO, M.: "Derecho civil", T.II-2: Derecho de Obligaciones, 8ª ed., Bosch, Barcelona 1989, pgs. 521 y 545.

En el Digesto ya figura la distinción entre *infantes* (niños que no han cumplido los 7 años) e *impuberes* (niños de 7 a 14 años), equiparándose los primeros a los *furiosi*, precisamente en consideración a su incapacidad de culpa. En este sentido, señalaba Ulpiano (D. 9.2.5.2.): "... si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la ley Aquilia?. Pegaso lo negó porque, ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo?. Y esto es certísimo. De ahí que cesará en ese caso la acción de la ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayere una teja. Si hubiese causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber dice Labeón que, toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia" (Digesto de Justiniano, versión castellana de A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, T. I, Aranzadi, Pamplona 1972).

También Las Partidas (P. 7ª, Tít. 15, Ley III) equipararon al "loco o desmemoriado" y al menor de 10 años y medio, cuando, tras establecer que "emendar, e pechar deve el daño aquel que lo fizo a aquel que lo rescibió", puntualiza que cuando fuera uno de aquéllos quien lo ocasionó "estonce non podría ser demandada emienda del daño que desta guisa fiziesse".

20 Vid. ESMEIN, P.: "La faute et sa place dans la responsabilité civile", Rev.tr.dr.civ. 1949, pgs. 481 y ss.; este autor defiende

el infante no es imputable, su actuación tampoco es culpable, por faltar en ella el elemento subjetivo de la culpa, lo cual conduce a su irresponsabilidad por tratarse de un acto que no es reprochable a su autor (21).

Esta había sido la línea adoptada por la jurisprudencia francesa hasta las famosas Sentencias que la Cour de cassation dictó el 9.5.1984 en Asamblea plenaria, imponiendo un giro radical a la posición que hasta entonces había mantenido en cuanto a la apreciación de la capacidad de discernimiento del menor de edad (22).

#### B) La tesis favorable a la responsabilidad del infante.

La idea de la necesidad de desterrar el requisito de la imputabilidad del campo de la responsabilidad civil se ha ido abriendo paso al tiempo que se apreciaba en dicho campo un

---

el mantenimiento en la base de la responsabilidad civil de una noción subjetiva de culpa ya que, a su juicio, ésta contiene un elemento psicológico y una apreciación moral de la conducta, de los que no se la puede despojar; por ello subraya que *"quand on décide qu'un enfant ou un dément ne sont pas responsables de leurs actes, on implique que la responsabilité suppose l'aptitude de l'individu à comprendre les impératifs sociaux et à se maîtriser"* (op. cit., pg. 484).

21 En este sentido, vid., v.gr., LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de los incapaces", en Libro homenaje a R.Mª. Roca-Sastre, T. II, Madrid 1976, pgs. 154 y 155; y LAMBERT-FAIVRE, Y.: "L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation", Rev.tr. dr.civ. 1987, pg. 4.

22 Acerca de la posición mantenida por la jurisprudencia francesa hasta las citadas sentencias, vid. JOURDAIN, P.: "Responsabilité fondée sur...", cit., pgs. 12 a 14; y VINEY, G.: "La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience: un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance", J.C.P. 1985-I, 3189, nros. 1 a 7. Respecto de la nueva línea de esta jurisprudencia vid. *infra*, nota 35 de este Aptdo. A) del Cap. II.

proceso de objetivación, a impulsos de una tendencia cada vez mayor a proteger los intereses de la víctima (23).

Desde este punto de vista, se han rechazado los argumentos de la tesis anterior [*infra*, a)] y se han propuesto otros criterios como fundamento a la responsabilidad del infante [*infra*, b)].

a) Por un lado, se señala que el acto de un niño, aun falto de voluntad y de discernimiento, no puede equipararse a un suceso "externo", no sólo porque se trata de una actuación humana cuyo autor es posible determinar, sino también -y en relación con ello- porque su artífice puede ser titular de un patrimonio capaz de responder por el daño (24). Tampoco la invocación del Derecho romano como precedente histórico se considera asumible en una materia que, como la presente, debe evolucionar a la par que las ideas sociales imperantes en cada momento (25).

Por otro lado, se ataca el fundamento mismo de la tesis opuesta, cuestionando la necesidad de apoyar la responsabilidad civil en el criterio de la culpa, vinculada a la idea de la responsabilidad moral. Para esta opinión, hay que tener en cuenta la función estrictamente reparatoria (no sancionatoria) de la responsabilidad civil y la necesidad de no dejar a la víctima sin reparación. En definitiva, la inimputabilidad del dañante excluye el reproche de culpabilidad, pero no la constatación de unos daños ocasionados

---

23 Vid. JOURDAIN, P.: "Responsabilité fondée sur...", cit., pgs. 4, 5 y 15.

En general, a propósito del progresivo avance del principio *pro damnato* y su incidencia en los pilares tradicionales de la responsabilidad por culpa, vid. DIEZ-PICAZO, L.: "La responsabilidad civil hoy", ADC 1979, pgs. 731 y ss., y BONET RAMON, F.: "Responsabilidad legal (estricta)", RGLJ 1981-II, pgs. 441 a 443.

24 Vid. al respecto LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 316, con cita de otros autores de su misma opinión.

25 En este sentido, vid. BLANC-JOUVAN, X.: "La responsabilité...", cit., pgs. 35, 36, 51 y 52.

ilícitamente y de cuyas consecuencias ha de responder aquél a quien son atribuibles por el hecho de haberlos causado (26).

b) Se propone una responsabilidad del menor que sea independiente de su inimputabilidad (27), para lo cual se ofrecen las siguientes vías:

a') Imposición de responsabilidad por razones de equidad como correctivo a las injusticias a que podría conducir la vigencia exclusiva de la responsabilidad por culpa (28).

b') Sin embargo, tal responsabilidad por equidad (consagrada, como se verá después, en muchos ordenamientos jurídicos) ha sido criticada por quienes defienden que la responsabilidad del inimputable no ha de ser de carácter subsidiario, ni tampoco proporcionada a la situación patrimonial de las

---

26 Subyace aquí la distinción -puesta de relieve por los penalistas: vid., v.gr., de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1987, pgs. 315 a 317- entre causas de exclusión de la ilicitud del acto (o de justificación) y causas de exclusión de la culpabilidad del agente: quienes mantienen tal distinción subrayan que, al encuadrarse la inimputabilidad dentro de las últimas, el acto del inimputable conserva su carácter de ilícito, de ahí que sean legítimos los actos impeditivos del mismo (como la legítima defensa) y que sea necesario reparar el daño (vid., entre otros, CONDE-PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pg. 81; también, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela", en la obra conjunta "Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a la Ley de 24-X-1983 de reforma del C.c., Títulos IX y X del Libro I), Ediciones ICAI, Madrid 1984, pg. 156.

27 Así, vid. BLANC-JOUVAN, X.: "La responsabilité...", cit., pgs. 43 y 52 y ss.; LEON-GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 317 y ss.; CHABAS, F.: Nota, Recueil Dalloz Sirey 1984-I, cit., pgs. 530 y ss.

28 En esta línea, vid., v.gr., BORRELL MACIA, A: "Hacia la responsabilidad sin culpa", RDP 1951-I, pg. 115.

partes sino al daño sufrido; haciéndose eco de RIPERT (29), señalan que una obligación de reparar "por simples motivos de equidad" es una mera obligación de asistencia, ya no de reparación (30). Por ello, ponen el acento en el carácter mismo del acto dañoso ("injusto en sí mismo" o "culpable objetivamente") y en el derecho de la víctima a no sufrir daños personales ni materiales.

En este punto hay que hacer referencia a la conocida tesis de la "culpa objetiva" o "culpa social", elaborada por un sector de la doctrina francesa que se oponía a la irresponsabilidad del infante consagrada -como ya he dicho, hasta hace poco- jurisprudencialmente (31).

Se concibe la culpa como un "error de conducta" que ha de apreciarse *in abstracto*, es decir, por relación a lo que una

- 
- 29 Vid. "La règle morale dans les obligations civiles", 3ra. ed., Paris 1935, pg. 244.
- 30 En este sentido, vid. BLANC-JOUVAN, X.: "La responsabilité...", cit., pg. 44. Vid. también LEON-GONZALEZ, J.M. ("La responsabilité civile...", cit., pgs. 328 y 329), quien recoge alguna de las críticas que se han articulado fundamentalmente en la doctrina francesa e italiana contra esta responsabilidad por equidad, a la que se considera guiada por un argumento puramente sentimental e injustificado (vid. la nota 184 de su estudio).
- 31 Así, entre otros, MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A.: "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", T.I, 6ª ed., Editions Montchrestien, Paris 1965, pgs. 496 y ss. (siguiendo la tesis ya expuesta por los Mazeaud en su 1ª ed., de 1931, del "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle", nros. 456 s.); BLANC-JOUVAN, X.: "La responsabilité...", cit., pgs. 52 y ss.; MARTY, G.: "Illicéité et responsabilité", *Études Juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière*, Librairie Dalloz, Paris 1964, pgs. 341 y 349. Algunos autores, aunque partidarios de la teoría de la culpa objetiva, han mostrado -a raíz de su posterior aplicación judicial: vid. infra, nota 35- reparos a alguna de sus consecuencias, como p.ej., las relativas a la ponderación de la culpa objetiva del menor que sufre un daño, a los efectos de reducir la indemnización por él reclamable (vid. CHABAS, F.: *Nota*, *Recueil Dalloz Sirey* 1984-I, cit., pgs. 530 y 534).

persona diligente y prudente (tipo abstracto) hubiera hecho en las mismas circunstancias; la apreciación *in concreto* ha de dejarse de lado, pues implicaría examinar la conciencia del dañante y, por tanto, introducir un elemento subjetivo (32).

Es este elemento objetivo de la culpa (al que a veces se alude como "ilicitud") una condición necesaria para la responsabilidad, pero también condición suficiente, sin necesidad del elemento subjetivo: de ahí que se hable de culpa objetiva.

Para esta opinión, la apreciación *in abstracto* de la culpa no excluye la consideración de todo dato concreto; antes bien, han de tenerse en cuenta las circunstancias "extrañas" o externas en que se desarrolla la actuación de una persona, mas no las circunstancias "internas" (como, v.gr., sus particularidades psicológicas), pues ello implicaría la introducción de valoraciones subjetivas (33).

+ Según algunos de estos autores (34), ésto se traduce, en el caso del menor de edad, en la consideración de la infancia como una circunstancia interna, y por consiguiente no valorable: esto es, a efectos de determinar si media culpa objetiva en la conducta del infante, ésta no se comparará con la de otro infante, sino con la de una persona normal adulta,

---

32 En este sentido, vid. MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A.: "Traité théorique et...", cit., nros. 417 y ss.; H., L. y J. MAZEAUD y F. CHABAS: "Leçons de droit civil", t. 2, vol. 1, 7ª ed., Editions Montchrestien, Paris 1985, nº 448.

33 Vid. DEJEAN DE LA BATIE, N.: "Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1965, nros. 154 y ss.

34 Así, v.gr., H. MAZEAUD en su artículo "La «faute objective» et la responsabilité sans faute", Recueil Dalloz Sirey 1985, Chronique, pgs. 13 y 14 (14).



de donde resulta que un menor inimputable puede incurrir en culpa objetiva y, por consiguiente, ser responsable (35).

- 35 Tal es la nueva línea de la Cour de cassation Tanto a propósito de supuestos en los que el menor fue víctima de un daño (vid. las Sentencias, adoptadas en Asamblea plenaria, de 9.5.1984 relativas a los casos Derguini c. Tidu y Lemaire c. Declercq, JCP 1984-II, 20256) como cuando fue él quien lo ocasionó a otro (vid. la S. de la 2ª Sala civil de 12.12.1984, caso SAMBA c. Molino, Gaz. Pal. 30-31 oct. 1985, pg. 235), el tribunal francés ha puesto de manifiesto su voluntad de prescindir de la capacidad de discernimiento del menor para determinar su culpa a los efectos del art. 1382 Cc. Por ello se ha señalado que, a raíz de estas Sentencias, la Cour ha adoptado el criterio de la culpa objetiva en cuanto a la responsabilidad del infante (en este sentido, entre otros, vid. HUET, J.: "La responsabilité du jeune enfant: vers l'uniformisation de la notion de faute délictuelle?", Rev.tr.dr.civ. 1984, pg. 509; MAZEAUD, H.: "La «faute objective»...", cit., pg. 14; y GUIMEZANES, N.: "Responsabilidad de los padres por los actos cometidos por sus hijos", Lettre d'information n°22, abr.-jun. 1986, pgs. 2 y 3). Además, ha optado por la comparación de la conducta del menor con la de un adulto diligente (vid. al respecto VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nros. 1 y 14). Para terminar, también en materia de responsabilidad por el hecho de una cosa de la que se tiene la guarda (art. 1384.1 Cc), la Cour de cassation ha terminado declarando que cabe afirmar la responsabilidad de un menor sin necesidad de verificar si tiene discernimiento; así, en otra S. de la Asamblea plenaria de 9.5.1984 (caso Gabillet c. Noye, JCP 1984-II, 20255) señaló que *"en retenant que le jeune E. avait l'usage, la direction et le contrôle du baton, la Cour d'appel qui n'avait pas, malgré la très jeune age de ce mineur (se trataba de un niño de menos de tres años), à rechercher si celui-ci avait un discernement, a légalement justifié sa décision"*; la Cour parece respaldar así al sector de la doctrina francesa que defiende el carácter objetivo de la responsabilidad ex art. 1384.1 C.c. (vid. sobre este punto WAREMBOURG-AUQUE, F.: "Irresponsabilité ou responsabilité...", cit., pgs. 342 y ss.; JOURDAIN, P.: Observaciones a las SS. Derguini y Lemaire, de la Cour cass. de 9.5.1984, ya cit., punto I A, así como "Responsabilité fondée sur...", cit., pgs. 15 y 16; y LAMBERT-FAIVRE, Y.: "L'évolution de...", cit., pgs. 4 y 5); no obstante, hay quien cree que la Sentencia a la que me estoy refiriendo fundamenta en la culpa objetiva del menor su responsabilidad en base al art. 1384, al. 1 Cc (así, v.gr., DEJEAN DE LA BATIE, en sus observaciones a esta Sentencia, JCP 1984-II, 20255, punto B.a). A propósito de esta S. resulta especialmente interesante el análisis crítico (entre otras razones, por su efecto destructivo de la noción de "guarda" y por el

+ En cambio, otro sector doctrinal considera que el razonamiento anterior supone una derivación al absurdo de la apreciación *in abstracto* de la culpa civil (36); de ahí que se postule la valoración de la infancia, como circunstancia externa, para determinar lo que es exigible a un niño: a tales efectos, no se puede comparar su comportamiento con el de un adulto, sino con el de otro menor normalmente desarrollado, de la misma edad y en idénticas circunstancias (37).

A mi modo de ver, cada uno de estos puntos de referencia (por un lado, lo exigible objetivamente en el tráfico y, por otro, a un menor en condiciones similares) tiene su propio campo de operaciones: el primero es apto para una responsabilidad independiente de la culpa del menor y subsidiaria; el segundo lo es para una responsabilidad por culpa subjetiva y directa. Así se desprende del estudio que más adelante hago de los §§ 276, 828 y 829 BGB, pudiendo llegarse a idéntica conclusión en nuestro Derecho.

---

recrudescimiento de la responsabilidad del infante) de R. LEGEAIS: "Un gardien sans...", cit., pgs. 237 ss.

36 Tal es la opinión expresada por LAMBERT-FAIVRE, en "L'évolution de...", cit., pgs. 2 y 3.

37 En este sentido, vid. WAREMBOURG-AUQUE, F.: "Irresponsabilité ou responsabilité...", cit., pgs. 337 a 340.

C) Una propuesta de solución: El seguro de responsabilidad obligatorio (38).

Algunos autores (39) entienden que no es preciso optar necesariamente por una de las dos vías expuestas en las líneas precedentes, con el consiguiente sacrificio del interés de una u otra parte; la víctima debe obtener una reparación; pero imponer al menor inimputable una responsabilidad personal, no sólo no facilita el fin reparatorio (porque generalmente es insolvente), sino que, además, puede tener consecuencias gravemente injustas para el menor que, por un acto realizado sin capacidad de discernir, puede ver su patrimonio seriamente lastrado con la carga de una obligación de indemnizar.

De ahí que la imposición por ley de un seguro de responsabilidad a cargo del representante legal del niño, que cubra los daños ocasionados por los menores inimputables, constituya para estos autores la solución idónea.

#### 4. La inimputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del menor con base en consideraciones de equidad.

Es normal que los ordenamientos que establecen la responsabilidad por culpa del menor, traten de evitar que la víctima quede sin reparación cuando el niño es inimputable y aquélla tampoco puede obtenerse de los obligados a responder por los actos del menor;

---

38 Aunque, por razones sistemáticas, aludo aquí a esta propuesta, su exposición detallada se encuentra en las pgs. 55 y ss. del Apto. B) de este Cap. II.

39 Entre otros, TUNC, A.: "L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance", JCP 1966-I, 1983; HUET, J.: "La responsabilité du...", cit., pg. 513; VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nros. 16 y ss. Incluso algún defensor de la responsabilidad del inimputable por culpa objetiva, ante las consecuencias nefastas que dicha solución puede tener en la práctica para el menor, hace una llamada al seguro obligatorio (así, DEJEAN DE LA BATIE, note, JCP 1984-II, 20255, punto I B c).

para ello se prevé, en último término, la responsabilidad del causante material del daño, con independencia de consideraciones de culpa.

Generalmente se habla en estos casos de una "responsabilidad por equidad" pero, como se verá unas líneas más adelante, este término no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que la equidad sea el exclusivo fundamento de la obligación de responder, sino que es un criterio más a ponderar a la hora de imponer tal obligación, tanto por lo que se refiere a su justificación, como a efectos de determinar su cuantía.

Si bien la figura de la "responsabilidad por equidad" tiene su origen en los Derechos de corte germánico, se ha incorporado también a alguno de los Derechos latinos y de la Europa oriental. Así, v.gr., no sólo la encontramos en el § 829 BGB alemán (40), § 1310 ABGB austriaco (41), § 54.I del Código suizo de las

---

40 Este párrafo reza así: *"Quien, según los §§ 827 u 828, no es responsable del daño que causa en uno de los casos designados en los §§ 823 a 826, debe, no obstante, y siempre que la reparación del daño no pueda obtenerse de un tercero obligado a la vigilancia, reparar el daño en cuanto que la equidad según las circunstancias, en particular según las relaciones entre los afectados, exija una indemnización y no sea desprovisto de los medios que precisa para su adecuado sustento, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos"*.

Aunque más adelante este precepto es objeto de un detallado estudio, ahora, y a fin de comprender su contenido, conviene señalar que los citados §§ 823 a 826 BGB contienen una enumeración de actos dañosos que pueden dar lugar a la obligación de reparar. Además, se alude a los §§ 827 y 828, de los cuales interesa el último, porque es el que declara la irresponsabilidad tanto del menor de 7 años como del mayor de esa edad pero aún menor de 18 que carezca de capacidad de discernimiento.

41 El § 1310 ABGB dispone: *"Si el dañado no puede obtener indemnización de tal manera (esto es, de aquella persona a quien correspondía la guarda del dañante), el juez debe condenar a la indemnización completa o a una parte justa de la misma en consideración a la circunstancia de que el dañante, aunque normalmente no esté en posesión de su*

obligaciones (42), sino también en el art. 1386 bis Cc belga (43), apartado 2º del art. 2047 Cc italiano (44), art. 489 Cc portugués (45), art. 907 Cc argentino (46) y, finalmente, en el § 352 Cc húngaro. [En cuanto a las consideraciones que a este respecto merece el 2º pfo. de la regla 1ª del art. 20 de nuestro Cp, me remito al punto de este trabajo en que abordo la cuestión (47)].

---

*razón, sin embargo haya incurrido en culpa en el caso concreto; o de que el damnificado haya omitido la defensa por indulgencia hacia el dañante; o, finalmente, en atención al patrimonio del dañante y del damnificado."*

42 Conforme a este precepto, *"si l'équité l'exige, le Juge peut condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé"*.

43 Este artículo, introducido por Ley de 16.4.1935, dispone: *"Lorsqu'une personne se trouvant en état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes."*

*Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties"*.

44 Este precepto -que fue una de las novedades introducidas en el Cód. de 1942- establece: *"Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione della condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità"*.

45 Este art. es del siguiente tenor: *"1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância."*

*2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos"*.

46 Este precepto establece: *"Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima"*.

47 Vid. pgs. 183 y ss. del Aptdo. 2 del Cap. IV.

Aunque los textos positivos varían más o menos de unos a otros, la responsabilidad que declaran participa de unos caracteres comunes, a saber:

- a) En primer lugar, la responsabilidad del inimputable se suele concebir como un "último remedio" para evitar que el damnificado quede sin reparación: de ahí su carácter subsidiario respecto de la responsabilidad de aquellas terceras personas que están obligadas a reparar los daños causados por el menor.
- b) Esto nos conduce a la siguiente nota de la responsabilidad por equidad. Frecuentemente se la caracteriza como *responsabilidad objetiva*, porque -se dice- prescinde del dato subjetivo de la culpa del agente (48). Pero es preciso dar un paso más y no dejarse confundir por una cuestión que, en el fondo, es terminológica. Lo que interesa es lo que realmente subyace a la llamada responsabilidad por equidad de un inimputable. Resulta especialmente clarificador el análisis de la cuestión tal y como se ha planteado en la doctrina alemana a propósito del § 829 BGB (49); no pretendo aquí anticipar temas que se tratan más adelante, pero interesa llamar la atención sobre la conclusión allí alcanzada y en la que coinciden básicamente la mayoría de los autores: para que un menor inimputable deba responder con base en consideraciones de equidad es preciso que haya realizado un acto objetivamente culpable o -como dicen algunos autores- objetivamente ilícito, es decir, que lo necesario en todo caso es que el agente no haya observado en su actuación la diligencia o cuidado objetivamente exigibles por el tráfico.

---

48 Así, v.gr., en Italia, E. BONVICINI: "La responsabilità civile per fatto altrui", Giuffrè Ed., Milano 1976, pgs. 632 a 635; asimismo, por lo que afecta a la jurisprudencia, vid. la Stcia. de la Cassazione civ. 28.1.1953, n. 216, en Giur. it., 1953, I, 1, c. 496.

49 Vid. pgs. 148 , y ss. del Apartado 1 del Cap. IV.

Un criterio similar es el sostenido también en el seno de la doctrina italiana en relación al art. 2047.2 de su Cc (50).

Si ésto es así, no se puede decir, en puridad, que se consagra en estos casos una responsabilidad objetiva "por meras consideraciones de equidad" (51). Es cierto, sí, que se prescinde del requisito de la imputabilidad y que el grado de la diligencia aquí impuesto no es el exigible a un menor

50 Así, el mismo E. BONVICINI, tras afirmar el carácter objetivo de esta responsabilidad, no duda en declarar que "l'indagine sulla condotta e sulla sua *obiettiva illiceità* è quindi essenziale per l'operatività dell'art. 2047 Cc. Nell'art. 2047.2° comma si è pertanto di fronte ad una ipotesi di *illecito dannoso non imputabile*, in quanto sussiste il requisito dell'*antigiuridicità* del fatto dannoso, valutato però *fuori dalla colpa* o dal *dolo dell'incapace*" (vid. "La responsabilità civile...", cit., pg. 633; la cursiva es del autor).

Aunque de un modo no tan expreso, se manifiesta en esta línea S. PATTI, vinculando la obligación del inimputable de pagar una indemnización equitativa a la realización de un ilícito, al margen de valoraciones subjetivas (vid. "Famiglia e responsabilità civile", Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1984, pgs. 248 y 250).

Otros autores, en cambio, estiman que la responsabilidad *ex art. 2047* se aplica al *acto dañoso* del inimputable, considerando que el acto de una persona incapaz de entender y querer no puede calificarse de ilícito (así, BUSNELLI, F.D.: "Capacità ed incapacità de agire del minore", en "Il Diritto di Famiglia e delle Persone", 1982 n° 1, Giuffrè Ed., Milano, pg. 62; y, más claramente aún, GIARDINA, F.: "La condizione giuridica del minore", Jovene Ed., Napoli 1984, pgs. 137, 138, 140 y ss.); si con ello quieren mantener que basta para poner en marcha el mecanismo del art. 2047.2 cualquier daño causado por un inimputable (sin necesidad de mayores consideraciones acerca del carácter del acto dañoso), no se deduce con claridad de sus escritos; pero una respuesta afirmativa se contradiría con la idea, compartida por alguno de ellos (así, GIARDINA, F.: "La condizione giuridica...", cit., pg. 143), de que en el sistema de los arts. 2047 y 2048 Cc existe un equilibrio entre responsabilidad y protección del menor: a mi juicio, la protección del inimputable sería muy dudosa si debiera responder por la mera producción de un daño, en los mismos casos en que un imputable no estaría llamado a reparar.

51 Vid. al respecto, LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilità civil...", cit., pgs. 327 y 328.

normalmente desarrollado de una determinada edad, sino que se fija conforme a las necesidades objetivas del tráfico. Pero precisamente el hecho de que se haya establecido este punto de referencia como modelo de conducta, excluye el carácter objetivo de esta responsabilidad, pues la misma es consecuencia de una actuación *negligente* (si bien objetivamente negligente) y, como diría H. MAZEAUD, la consagración de un criterio objetivo de culpa no implica que la responsabilidad sea objetiva (52).

Por otra parte, creo que no sería equitativa, en un sistema basado en el principio de la responsabilidad por culpa, cualquier responsabilidad del inimputable que se fundamentara exclusivamente en la comparación de los respectivos patrimonios de las partes, sin exigir al propio tiempo el carácter objetivamente culpable del acto dañoso, pues con ello se trataría más rigurosamente al inimputable -que habría de responder "por equidad" siempre que causara un daño-que al imputable -quien sólo quedaría obligado por culpa-.

- c) Lo dicho no significa que el criterio de *equidad* sea irrelevante, sino que opera al lado del acto objetivamente culpable *a efectos de fundamentar* la obligación de reparar: en efecto, la sola realización del último no conduciría a la condena del inimputable si el juez -a quien se concede una amplia *facultad valorativa* en esta materia- no llega a la conclusión de que la equidad lo exige.

También conforme a la equidad, el juez *determina la cuantía* de la indemnización, que, por ello, puede no ser total.

---

52 Vid. MAZEAUD, H.: "La «faute objective»...", cit., pg. 14.



### 5. La extensión de la responsabilidad patrimonial del menor.

La alternativa se presenta, básicamente, en los siguientes términos: o se entiende que, en todo caso, la reparación ha de ser proporcionada al daño sufrido (53); o, por el contrario, se opta por la toma en consideración del grado de culpabilidad del agente a los efectos de fijar el monto indemnizatorio.

La cuestión se plantea cuando el menor responde por culpa, pues cuando se trata de una responsabilidad por equidad, como acabo de señalar, el juez puede condenar al pago de una indemnización parcial del daño, en atención precisamente a circunstancias que no siempre han de ser económicas (54). Algunos ordenamientos no permiten graduación alguna de la indemnización atendiendo a la culpabilidad del agente, de modo que si concurren los presupuestos de responsabilidad por culpa, el menor habrá de reparar la totalidad del daño (55). Otros, en cambio, prevén la posibilidad de moderar el *quantum debeatur* por razones de equidad, entre las cuales se incorporan, tanto factores relacionados con el grado de culpabilidad del menor, como con la situación económica de ambas partes (56).

---

53 Tal es la opinión, v.gr., de LEON GONZALEZ, en "La responsabilidad civil...", cit., pg. 319.

54 Como se recordará, la mayor parte de los preceptos que cité y que consagraban la responsabilidad por equidad del menor, recogen una fórmula amplia que permite al juez la ponderación de todas las circunstancias del caso.

55 Tal es el caso, v.gr., del § 828 pfo. 2 BGB (aunque sometido a revisión en este aspecto: vid. pgs. 139 del Apto. IV.1).

56 Esta es una previsión común en los Derechos de los países nórdicos. Así, la Ley sueca relativa a la indemnización de daños, de 2.6.1972 (*Skadeståndslag*), tras establecer en su § 1 el principio de la responsabilidad por culpa, declara en el § 2: "En el caso de que alguien que aún no tenga 18 años cause daños personales o materiales, deberá indemnizar el daño en la extensión en que sea equitativo en consideración a su edad, su desarrollo, el carácter de la actuación, la existencia de un seguro de responsabilidad y las demás relaciones económicas, así como las demás circunstancias". A idénticos efectos, consagran la consideración de estos mismos

---

datos (salvo por lo que se refiere a la mención expresa del seguro, lo cual es una particularidad del ordenamiento sueco) el § 63 de la Ley danesa sobre la minoría de edad y la tutela de 30.6.1922 (*Lov om Myndighed og Vaergemaal*), el § 2 de la Ley finlandesa de 31.5.1974 relativa a la indemnización de daños (*Vahingonkorvauslaki*) y el § 1.1 de la Ley noruega de 31.6.1969, también reguladora de la indemnización de daños en determinados casos (*Lov om skadeersättning i visse forhold*).

**B) RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES FRENTE A LA VICTIMA  
DEL HECHO DAÑOSO CAUSADO POR EL HIJO MENOR DE EDAD**

La búsqueda de un sujeto que responda de los daños ocasionado por un menor de edad (ya sea además de éste o en su lugar) se justifica, esencialmente, atendiendo a dos criterios. Por un lado, el de la reparación: nos hallamos ante una aplicación de lo que G. CALABRESI denominó (1) el principio de la "*buena bolsa*" (<deep pocket>), pues, como regla, cualquier persona adulta llamada a responder contará con más medios económicos que el menor para hacer efectiva la indemnización. Y, por otro lado, el de la previsión y evitación del evento dañoso: el menor precisa de un particular cuidado y vigilancia, que se ponen a cargo de determinadas personas (fundamentalmente de los padres, aunque sin excluir a otras, como educadores o empresarios), a quienes, por la relación que les une al menor, se considera en condiciones de impedir el daño y, por tanto, responsables del mismo.

Centrándonos ya en la responsabilidad paterna, hay que partir del estudio de su fundamento, en el cual habrá que tener muy en cuenta las últimas transformaciones del Derecho de familia y, en particular, de la configuración de las relaciones paterno-filiales; ello se debe a que lo que un ordenamiento jurídico puede exigir a los padres en relación con los actos de sus hijos menores de edad debe guardar proporción con las vías que el mismo les brinda; pero sobre este tema se volverá más adelante.

El fundamento de la responsabilidad paterna se ha visto afectado por la evolución experimentada en materia de responsabilidad civil desde la Codificación. Mientras que el principio de la responsabilidad por culpa imperante en aquella época se plasmó en

---

1 Vid. "El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", trad. por J. Bisbal, Ariel Derecho, Barcelona 1984, pg. 56.

los Códigos decimonónicos, la crisis posterior del sistema (2) ha afectado también a la responsabilidad de los padres; ello se ha puesto de relieve, ante todo, por cierta doctrina que, a la vista de la tendencia jurisprudencial a objetivar esta responsabilidad, estiman que el criterio de culpa es insuficiente y patrocinan la responsabilidad objetiva de los padres. Veámos cuáles han sido los pasos de este proceso.

---

2 Vid. a propósito de este proceso, DIEZ-PICAZO, L.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 731 y ss.; BONET RAMON, F.: "Responsabilidad legal...", cit., pgs. 437 y ss.; MATILLA ALEGRE, R.: "Evolución de la normativa aplicable al seguro de responsabilidad civil y sistema de responsabilidad civil", RGLJ 1987, pgs., 554 y 555; O'CALLAGHAN, X.: "Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual", AC 1986-1987 nº1, 1, pgs. 10 y ss.; ANGEL YAGUEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pgs. 33 y ss. Vid., asimismo, EHRENZWEIG, A.A.: "Negligence without fault", Trends Toward an Enterprise Liability for Insurable Loss, Berkeley 1951, reimpresso en Calif. L. Rev. 54 (1966), pgs. 1422 y ss.; LAMBERT-FAIVRE, Y.: "L'évolution de...", cit., pgs. 1 y ss.; y Karlsruher Forum 1960, en VersR Beiheft, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe.

# 1. La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad de los padres

- a) Consagración positiva del principio desde la Codificación. Responsabilidad por propia culpa de los padres: su relación con los deberes de vigilar y educar a los hijos menores de edad.

- En la época de la Codificación, la responsabilidad de los padres venía apoyada en diversas ideas (3): por un lado, la del poder o autoridad del padre (4); por otro, la de la culpa del mismo, culpa cuya ausencia debía ser probada por el progenitor para liberarse de responsabilidad; finalmente, cierta idea de garantía (5): el legislador también pensó en la posición de la víctima ante un menor frecuentemente insolvente y en la necesidad de asegurarle la posibilidad de acudir al patrimonio de otras personas (6).

---

3 Vid. ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità dei genitori ex art. 2048 Cc", Rivista di Diritto Civile 1979-II, pg. 125; también GIARDINA, F.: "La condizione giuridica...", cit., pgs. 129 a 132.

4 En los trabajos preparatorios del Code civil francés, se presenta la responsabilidad del padre como una obligación vinculada *"à la puissance, à l'autorité que la loi accorde aux parents sur leurs enfants en minorité, aux devoirs qu'elle leur impose pour la perfection de leur éducation, à la nécessité où ils sont de surveiller leur conduite avec le zèle, le soin et l'intérêt qui inspirent tout à la fois et le désir de leur bonheur, et la tendresse qu'ils leur portent"* (vid. Bertrand de Gréville, Rapport au tribunal; Locré, t. XIII, pgs. 41 ss.).

5 Algunos autores han puesto de relieve, además, la existencia de un fundamento de orden económico: el beneficio que el padre obtenía del trabajo del hijo, a título gratuito, debía traducirse en la responsabilidad del primero por los daños que el último causara a terceros (así, DIEZ-PICAZO, L.: "Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad", ADC 1982-I, pg. 4; también PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 253, 262 y 263).

6 Vid. ANGEL YAGUEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 116; y MORENO QUESADA, B.: "La responsabilidad por hecho de otro en el accidente de tráfico", II Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico, Granada 1986, pg. 16.

Así, la responsabilidad del padre aparece como contrapeso y corolario de una "*puissance paternelle*" que los Códigos de esta época (tanto el francés como sus seguidores) concebían como una rígida autoridad, un poder absoluto y general del padre sobre el hijo. Es lo cierto que no se puede exigir una responsabilidad basada en la culpa si a los padres no se les atribuyen ciertas facultades-deberes (entonces, "poder") respecto de los hijos sometidos a su potestad; esas facultades-deberes son requisito *sine qua non* de la imposición de tal responsabilidad, que se hacía derivar entonces del incumplimiento culposo de aquéllas. Ahora bien, los codificadores apuntaban otros criterios, como el de garantía, que también podrían haber servido para establecer una responsabilidad objetiva. Además, a mi modo de ver, una responsabilidad de este último tipo es más fácil de sustentar en un sistema en que la patria potestad se configura como un poder absoluto del padre, que cuando aquélla se recorta en aras del respeto al libre desarrollo de la personalidad del hijo (sobre ello vuelvo más adelante).

Sin embargo, no fue ésta la línea seguida y, de acuerdo con el principio entonces imperante de la responsabilidad por culpa, la del padre se fundamentó en el ejercicio culposo del poder paterno, concretamente de los deberes de educación y vigilancia.

- Así han sido interpretados tradicionalmente, en el área de los Derechos latinos, aquellos preceptos que, tras declarar la responsabilidad de los padres, admiten una prueba exoneratoria, consistente en demostrar que no se pudo impedir el daño -como en los Códigos civiles francés (7) e italiano (8)- o que se empleó

7 El pfo. 4º del art. 1384 Cc francés, en redacción de la Ley nº 70-459 de 4.6.1970, establece: "*Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux*"; por Ley de 5.4.1937, el pfo. 7º del mismo art. quedó redactado en los siguientes términos: "*La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité*".

toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo - como en el art. 1903 de nuestro Cc-. En estos casos, la jurisprudencia en general y parte de la doctrina han venido entendiendo que la responsabilidad de los padres se basa en la presunción de culpa *in vigilando* o *in educando* y que es precisamente la inversión de la carga de la prueba el único dato que diferencia esta regla de la norma general que consagra la responsabilidad por culpa (9): al igual que ésta, se trata de una

- 8 El art. 2048.1º Cc italiano de 1942 dispone: "*Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggetta alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante*"; el último pfo. del mismo art. prevé la prueba exoneratoria: "*La persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto*". El art. 2048 se aplica cuando el hijo menor es capaz de entender y querer pues, en el caso contrario, es el art. 2047 el que entra en juego; conforme a su pfo 1º, "*In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non avere potuto impedire il fatto*" (por tanto, los padres, como personas obligadas a la vigilancia del hijo, pueden ser también llamados a responder en base a este art.).

- 9 Esta es la posición dominante en España (vid. el Aptdo. I.2 del Cap. V, pgs. 217 ss. y nota 1).

En Italia, apoyan esta interpretación, v.gr., A. de CUPIS ("Il danno. Teoria generale della responsabilità civile", v. II, Giuffrè, Milano 1979, pgs. 133 y ss.), E. BONASI BENUCCI ("La responsabilità civile. Esposizione critica e sistematica della giurisprudenza", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1955, pg. 166) y E. BONVICINI ("La responsabilità civile...", cit., pgs. 630 y 631, con cita de otros autores de idéntica opinión); la jurisprudencia italiana sigue -al menos formalmente- este criterio, al margen de que, luego, el rigor con que exige la prueba de descargo haya operado en la práctica una objetivación de esta responsabilidad (vid. VISINTINI, G.: "La responsabilità civile nella giurisprudenza", ed. Cedam, Padova 1967, pgs. 334 y ss.; y BESSONE, M.: "Fatto illecito del minore e regime della responsabilità per mancata sorveglianza", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1982 nº3, Giuffrè ed., Milano, pgs. 1011 a 1015).

En cuanto a Francia, ésta ha sido la explicación tradicional de los pfos. 4 y 7 del art. 1384 Cc, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (para una exposición del tema, vid. VIALARD, A.: "Responsabilité du fait d'autrui. Domaine: responsabilité des père et mère", *Iuris Classeur Civil*, Art. 1382 à 1386, 11, 1984, Responsabilité civile: fasc. 141, pgs. 3 a 5). Sin embargo,

responsabilidad derivada de los propios actos y de la propia culpa; por ello se subraya -desde este punto de vista (10)- que cuando en estos supuestos se habla de *responsabilidad de los padres por los actos de los hijos*, ello no ha de entenderse en sentido literal, sino en el de que aunque el hijo es quien ocasiona directamente el daño, los padres responden porque *indirectamente* han contribuido también al resultado lesivo mediante su comportamiento culposos.

- Una solución de idéntico carácter ha sido acogida por ordenamientos de influencia germánica y alguna de las recientes regulaciones nórdicas del Derecho de daños. Así, la responsabilidad de los padres se funda en la propia culpa, ya sea en la guarda del hijo menor (11), ya en su vigilancia (12), ya

---

también la Cour de Cassation ha hecho una aplicación del precepto poco acorde a su fundamentación culpabilística, imposibilitando prácticamente la prueba de descargo siempre que el niño que causa los daños es de escasa edad; por otra parte, la Sala 2ª dió un paso más en este proceso de extensión de la responsabilidad de los padres en la Sentencia Fullenwarth c. Felten, de 9.5.1984 (J.C.P. 1984-II, 20255), en la cual declaró que para presumir tal responsabilidad conforme al art. 1384.4 "*...il suffit que celui-ci (se refiere al hijo menor) ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime*" (en idéntica línea, vid. la Sentencia de la misma Sala, de 14.11.1984, Bull. civ. II, nº 168); con esta fórmula, la Cour parece prescindir del requisito de la objetiva ilicitud del acto del hijo, bastando que éste haya dado lugar a la producción del daño para que los padres probar su falta de culpa (vid. al respecto las críticas de DEJEAN DE LA BATIE -Note, J.C.P. 1984-II, 20255, cit.- y J. HUET "Evolution de la jurisprudence sur la responsabilité du jeune enfant, auteur d'un dommage, et de ses parents: suite et fin?", Rev.tr.dr.civ. 1986, pg. 121-, entre otros; a favor, vid. LEGEAIS, R.: "Un gardien sans...", cit., pg. 240).

10 Vld. CUPIS, A. de: "Il danno...", cit., pgs. 133 y ss. (134 y 135).

11 Así, el § 1309 ABGB austríaco dispone: "*Excepto en este caso (se alude al § precedente, relativo al supuesto de culpa concurrente de la víctima) le deberán la indemnización aquellas personas a quienes les pueda ser atribuido el daño por causa de omisión de la guarda que tienen conferida sobre tales personas*".

12 En esta línea, el § 832 BGB de la R.F.A. establece la responsabilidad de quien por ley o por contrato está obligado



también en su educación (13), o, en general, en el cumplimiento de las obligaciones que atañen a los padres respecto de sus hijos menores en lo que a la evitación de daños se refiere (14).

A propósito de estos preceptos conviene destacar algunas cuestiones. En primer lugar, en general dejan muy claro que el acto de los padres ha de ser causa del daño, ya que admiten su exoneración cuando, aun habiendo sido negligentes, se constate que el menor habría ocasionado el daño también en el caso de que hubiesen actuado diligentemente. En esta materia, en cambio, los Códigos de influencia francesa no han sido tan explícitos y aunque, a mi modo de ver, en ellos se patentiza también la necesidad de nexo causal entre la culpa de los padres y el daño ocasionado por el hijo menor, no falta quien entiende que,

---

a la vigilancia de una persona que, por su edad o por su situación mental o corporal, precisa de ella, por los daños que ésta infliera ilícitamente a un tercero; pero no estará obligado a reparar *"si satisfizo su deber de vigilancia o si el daño también se hubiera producido en el caso de una adecuada ejecución de la vigilancia"*.

En términos muy similares se expresa el art. 491 Cc portugués.

- 13 En el § 351 ZGB de la antigua R.D.A., la culpa *in vigilando e in educando* aparece claramente en la base de la responsabilidad de los padres. Conforme a su pfo. 1º, *"los padres y otros ciudadanos que, en base a preceptos jurídicos, normativa estatal u otra razón, tienen que educar o vigilar a niños o jóvenes, están obligados a la reparación del daño que esos niños o jóvenes causen ilícitamente..."*; norma que completa el pfo. 3º declarando: *"la responsabilidad decae si la persona autorizada para la educación o el obligado a la vigilancia no ha infringido culpablemente sus obligaciones o si el daño también se hubiera producido en caso de cumplimiento correcto de esas obligaciones"*.

- 14 Una fórmula amplia es empleada en la Ley noruega de 13.6.69, relativa a la reparación de daños en determinados casos, cuyo pfo. 1-2 dispone en su regla 1ª: *"Los padres están obligados a reparar el daño causado por niños o jóvenes menores de 18 años, en tanto que hayan omitido la debida vigilancia o, si no, no hayan hecho lo que justificadamente se puede esperar de los padres, lo que hubiera impedido el daño"*.

positivamente, no se exige dicha relación causal, poniendo así en duda el carácter culpabilístico de esta responsabilidad (15).

En segundo lugar, muchos de estos preceptos hacen expresa referencia al deber paterno de vigilancia o al de educación. Esto no ocurre en las normas de los Códigos latinos arriba transcritas (salvo en el art. 2047.1 Codice civile italiano); en este caso, la relación de la culpa con los deberes de vigilancia y educación es obra de jurisprudencia y doctrina.

Finalmente, en cuanto a la aplicación judicial de estas normas, algunos autores alemanes y escandinavos han subrayado su tendencia objetivadora (16), de modo similar a como viene haciéndolo la doctrina francesa, italiana y española. Sin embargo, en el caso alemán, un estudio actual de las decisiones judiciales deja en entredicho esa pretendida objetivación de la responsabilidad paterna y, más bien, pone de manifiesto un enorme respeto a su fundamento culpabilístico (17).

- De lo expuesto resulta que los ordenamientos examinados no consagran soluciones básicamente diferentes: la responsabilidad de los padres se apoya siempre en la propia culpa, referida básicamente a los deberes de vigilancia y/ o educación.

Aunque ambos deberes surgen de la relación paterno-filial, ello no significa que se configuren en interés exclusivo de los hijos, sino en el de toda la comunidad, pues así se desprende de las normas que declaran la responsabilidad paterna frente a terceros.

---

15 Vid., v.gr., LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 278 a 280.

16 Vid. pg.212 y notas 13 y 14 del Apto I.1 del Cap. V.

17 Vid. Apto. IV.1 del Cap. V, en particular pgs. 310 y ss. , y 336-337.

Hay, pues, que concretar el papel de esos deberes, ya que la dificultad que ello ofrece ha sido una de las críticas esenciales de la doctrina al fundamento subjetivo de esta responsabilidad.

En cuanto al contenido de los mismos, se ha de partir de su íntima conexión con la configuración legal de las relaciones paterno-filiales en cada ordenamiento jurídico: así, cuanto más autoritaria y absoluta sea la patria potestad, más medios considerados como admisibles y legítimos estarán al alcance de su titular para evitar que el menor dañe a un tercero; por el contrario, a medida que -al compás de las últimas reformas del Derecho de familia (18)- la patria potestad pierde sus notas de poder absoluto, ampliándose la esfera de autodeterminación del menor y, cuando las relaciones paterno-filiales se van liberalizando, reconociendo el derecho del niño al libre desarrollo de su personalidad y al respeto de sus caracteres, el terreno ganado por el menor ha de derivar, lógicamente, en un recorte de la extensión de la vigilancia exigible a los padres.

La doctrina ha criticado reiteradamente la imposición a los padres de la carga de probar su ausencia de culpa *in vigilando* o *in educando* (19), sobre todo por lo que se refiere a la última (20), y

18 A propósito de tal reforma en el Derecho italiano (operada en el año 1975), vid. BUSNELLI, F.D.: "Capacità ed incapacità...", cit., pgs. 56 a 58.  
Por lo que afecta al Derecho francés (por Ley de 4.6.1970), vid. VIALARD, A.: "Responsabilité du fait...", cit., pg. 3.  
En el Derecho alemán, el BGB fue modificado en esta materia en virtud de la Ley de reforma del derecho de cuidado paterno, de 18.7.1979; sobre este punto, vid. LUTHIN, H.: "Zur Neuregelung des elterlichen Sorgerechts", FamR 1979, pgs. 986 y ss.

En cuanto a nuestro Derecho, me remito a las pgs. 251-2 del Aptdo. I.2 del Cap. V.

19 Vid. ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentario a la STS de 15.2.1975)", ADC 1976, pgs. 1241 y 1242; SOTO NIETO, F.: "La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias", Ed. Montecorvo, Madrid 1982, pg. 178 (Idénticamente, en "Solidaridad entre el causante material del

ello por la dificultad, no sólo de la prueba, sino también de la determinación del nexo causal entre la culpa en la educación del menor y la causación por éste de un daño (21). Así, se señala que, mientras que es admisible presumir que cuando un menor ocasiona un daño ha habido culpa en su vigilancia y que el daño trae causa de aquélla, no se puede decir lo mismo por cuanto se refiere a la educación. Mientras que entre vigilancia y comportamiento del menor hay un nexo directo, inmediato y concreto en la medida en que la vigilancia se ha de ejercer sobre cada uno de sus actos, la educación supone un proceso que comienza ya en los primeros meses de vida del niño y cuyos remotos efectos pueden proyectarse durante toda la vida del sujeto (22). Además, no hay que olvidar que gran parte de la educación del menor está a cargo de personas distintas de los progenitores (maestros, fundamentalmente) y que, hoy en día, el niño es receptor de múltiples mensajes, sobre todo a través de los medios sociales de comunicación, que le hacen asimilar muy eficazmente modelos de conducta que pueden no tener nada que ver con los que los padres tratan de inculcarles (23).

Estas observaciones parecen bastante razonables; no obstante, es posible y conveniente reconocer cierta virtualidad al deber de

---

ilícito culposo y el responsable por «hecho de otro», RDP 1981-I, pg. 438); también YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 175.

- 20 Vid. OLLIER, P.-D.: "La responsabilité civile des père et mère. Étude critique de son régime légal (art. 1384 al. 4 et 7 c. civ.)", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1961, pgs. 200 a 203; también GUIMEZANES, N.: "Responsabilidad de los...", cit., pg. 1.

Asimismo, vid. ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità dei...", cit., pgs. 148 a 150; PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 272 y 276.

- 21 Vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 278 y 279.

- 22 Vid. GARCIA VICENTE, F.: "La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración", ADC 1984, pg. 1035.

- 23 Vid. CAVANILLAS MUGICA, S.: "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", Aranzadi, Pamplona 1987, pgs. 113 y 114.

educación, si bien no para establecer un fundamento autónomo de responsabilidad, sino para determinar en el caso concreto si hubo o no culpa *in vigilando*: la educación del hijo ha de tenerse en cuenta para fijar el grado de vigilancia exigible a sus padres (cuanto menos educado esté será preciso vigilarlo más, y viceversa) (24).

Además, la vigilancia no ha de entenderse de un modo estrecho, prácticamente limitado a una especie de observación directa del menor. Esto carece de sentido en una sociedad como la actual, en la que cada vez es más frecuente que los padres pasen gran parte del día separados de los hijos, ante todo por razones laborales, y en la que la autonomía, del joven sobre todo, ha crecido muy notablemente. El deber de vigilancia va referido básicamente a la prevención de daños causados por el hijo menor y, por consiguiente, debe constituir un concepto amplio, que abarque todas las actividades precisas a aquel fin preventivo (25): así, desde el aleccionamiento del niño sobre eventuales fuentes de peligro y sobre posibilidades de control de situaciones difíciles (se trata de otra manifestación del papel del deber de educación) hasta el acudir a la autoridad judicial competente en casos extremos, pasando por otras medidas como la observación directa del menor -para cerciorarse de que respeta las indicaciones que se le hacen y conocer su carácter, tendencias y aficiones-, la prohibición de determinadas actividades o la imposibilitación

---

24 Vid., en este sentido, BONASI BENUCCI, E.: "La responsabilità civile", cit., pg. 170; en esta línea, también, BORRELL MACIA, A.: "Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudios del art. 1902 Cc y breves comentarios sobre los arts. 1903 a 1910", 2ª ed., Bosch, Barcelona 1958, pg. 157; LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 158; GARCIA VICENTE, F.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 1046 y 1047; y CAVANILLAS MUGICA, S.: "La transformación de...", cit., pgs. 114-115.

Así se opera, v.gr., en la R.F.A., en donde el § 832 BGB sólo hace referencia expresa al deber de vigilancia (vid. pgs. 346-7 del Apto. IV.1 del Cap. V).

25 Así lo han entendido doctrina y jurisprudencia alemanas en interpretación del § 832 BGB (vid. el Apto. IV.1 del Cap. V).

material de las mismas. Cuál de estas medidas sea precisa, así como el rigor con que hayan de exigirse, dependerá de las particularidades propias de cada supuesto (v.gr., edad y carácter del menor, medio circundante, etc.), que determinan la previsibilidad y evitabilidad de la producción del daño.

Este criterio amplio y flexible es el aplicado por la jurisprudencia de la R.F.A. A este tema me dedico con detalle en otro momento, pero ahora interesa poner de relieve algunas conclusiones a las que conduce su estudio: por un lado, que la aplicación del principio de la culpa *in vigilando* como fundamento de la responsabilidad de los padres da lugar a una enorme casuística; por otro, que sin poner en duda los inconvenientes de tal resultado, éste se impondrá de manera inevitable siempre que se aplique estricta y respetuosamente aquel principio; por tanto, ésta es la solución correcta en todo ordenamiento que consagre el principio de responsabilidad por culpa *in vigilando*, pues la dificultad de su determinación en el caso concreto no puede servir de justificación para obviar el verdadero fundamento legal de responsabilidad: y si éste es la culpa *in vigilando*, habrá que ver, en atención a las características peculiares de cada caso, si concurre o no; finalmente, lo que demuestra el caso alemán es que sí es posible llevar a cabo tal análisis y aplicar aquí el principio de la culpa.

**b) Críticas al fundamento subjetivo de la responsabilidad de los padres**

- Las críticas que paso a exponer se deben básicamente a autores franceses e italianos y se proyectan sobre las dos ideas que aparecen en la base de la responsabilidad paterna en tiempos de la Codificación:

+ En cuanto a la relación entre patria potestad y responsabilidad, se subraya (26) el profundo cambio introducido por recientes reformas del D° de familia, que han acabado con la concepción autoritaria de la potestad y han consagrado un nuevo modelo educativo que ha de favorecer el desarrollo de las cualidades de independencia y responsabilidad del menor, con respeto a su personalidad; siendo esto así, se limitan sensiblemente las posibilidades de los padres para impedir actos dañosos de sus hijos, sobre todo cuando éstos vayan acercándose a la mayoría de edad, resultando cada vez más difícil hacerles un reproche de culpa *in vigilando* o *in educando*. De ahí -se concluye- que una responsabilidad basada en esta idea y, por tanto, en la posibilidad efectiva de vigilar y educar al hijo menor de edad, ya no se corresponda con el nuevo modelo de relaciones paterno-filiales.

+ Por lo que se refiere a la culpa, se señala que la jurisprudencia sólo admite como liberatoria la prueba de fuerza mayor (27) o que, de hecho, ha excluido la posibilidad misma de prueba exoneratoria (28), en una clara tendencia objetivadora de la responsabilidad paterna.

Para estos autores, los tribunales corroboran así la conveniencia y necesidad de configurarla objetivamente y en base a la idea de una garantía legal frente a terceros que incumbiría a los padres (ya sea durante toda la minoría, ya sea en aquellos primeros años en que el niño carece de capacidad de discernir) en razón de los especiales poderes y deberes

26 Vid. ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità del...", cit., pgs. 125, 131 y 132; y PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 261, 262, 273 y 274.

27 Vid. OLLIER, P.-D.: "La responsabilité civile...", cit., pg. 213; VINEY, G.: "La réparation des...", cit., n°12; GUIMEZANES, N.: "Responsabilidad de los...", cit., pgs. 3 a 5; y VIALARD, A.: "Responsabilité du fait...", cit., pgs. 3, 4, 15 y 16; vid. también *supra* nota 9 de esta Aptdo. B) del Cap. II, pg. 31.

28 Vid. PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 271.

inherentes a la patria potestad (29); la prueba liberatoria quedaría reducida a la prueba de fuerza mayor. Todo ello se justifica por las dificultades -ya apuntadas- que ofrece la prueba exoneratoria.

Ahora bien, mientras que para algunos autores lo dicho pone de manifiesto la necesidad de una reforma legislativa que consagre expresamente la responsabilidad objetiva (30), otros opinan que los textos vigentes permiten ya una interpretación en este sentido (31).

- En otro punto de este estudio (32), me ocuparé de los reparos que ofrecen, en mi opinión, estas críticas.

- 
- 29 A favor de esta aplicación de la idea de garantía legal se manifiestan, p.ej., OLLIER, P.-D.: "La responsabilité civile...", cit., pgs. 211 y ss., 223 y 228; LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 283 y ss.; ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità del...", cit., pgs. 132 y 133; y GIARDINA, F.: "La condizione giuridica...", cit., pgs. 135 y 136. Asimismo, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R.: "Las modificaciones introducidas en el Derecho argentino en la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores", RGLJ 1986, pgs. 628 y 629.
- 30 Así, OLLIER, P.-D.: "La responsabilité civile...", cit., pgs. 215, 223, 225 y 226; y PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 269 y ss. y 283 a 285.
- 31 Así, en la doctrina francesa, A. VIALARD: "Responsabilité du fait...", cit., pg. 4. Igualmente, ésta parece ser la interpretación de los arts. 2047 y 2048 Codice civile hoy dominante en la doctrina italiana; vid. los comentarios a ambos arts. de P. PERLINGIERI, en "Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza", L. 4-2, UTET, Torino 1980, pgs. 1643 y 1647; ROSSI CARLEO, L.: "La responsabilità del...", cit., pgs. 132 y 133; y GIARDINA, F.: "La condizione giuridica...", cit., pgs. 135 y 136.
- 32 Vid. pgs. 250 y ss. del Aptdo. I.2 del Cap. V; allí me refiero a las reservas que suscitan tales críticas, tanto desde el punto de vista global en que las acabo de exponer, como en las aplicaciones y proyecciones que de ellas se ha hecho sobre el Derecho español. Es por tener presentes ambas perspectivas por lo que remito este análisis a aquel momento.



## 2. La configuración objetiva de la responsabilidad de los padres.

### Ensayos de justificación

- Si el carácter objetivo de la responsabilidad significa que la mediación o no de culpa propia de los padres es indiferente, cabe decir con propiedad que se trata de una responsabilidad "por hecho ajeno"; cosa distinta es que para que los padres respondan objetivamente se exija una actuación culposa o dolosa del menor (33) o no (34).

33 Es el caso de la regla 2a del § 1-2 de la Ley noruega de 13.6.1969, relativa a la reparación de daños en determinados casos: *"Con independencia de la propia culpa, los padres responden por los daños causados dolosa o negligentemente por sus hijos menores de 18 años con los que convivan y a cuya vigilancia estén obligados, con una cantidad de hasta 500 coronas noruegas por cada evento dañoso"*; esta disposición va acompañada de otras dos, una de las cuales (vid. *supra*) establece también una responsabilidad basada en la culpa de los padres (regla 1a del § 1-2) para, finalmente, consagrar en la última de esas disposiciones el criterio de equidad a los efectos de reducir la responsabilidad paterna en cualquiera de sus posibles aplicaciones (regla 3a del cit. § 1-2).

34 Tal es la solución consagrada respecto de un cierto tipo de daños por la Ley malgache de 9.6.1965, relativa a las fuentes de las obligaciones civiles; conforme a su art. 158, *"...si l'enfant, par son fait ou des animaux dont il a la garde, a causé un dommage corporel ou matériel, la responsabilité du père ou de la mère est engagée envers la victime sans que celle-ci ait à faire la preuve de la faute de l'enfant. Relativement aux dommages prévus à la section II, le père et la mère n'est responsable que s'il y a faute de l'enfant..."*; por otra parte, el art. 159 deja claro que *"...le père et la mère ne peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute d'éducation ou de surveillance"*.

- Pero la cuestión central es cómo puede justificarse la responsabilidad objetiva de los padres (35).

++ Empezando por las explicaciones que giran en torno a la idea de la creación de un riesgo, el argumento *<ubi commoda ibi est incommoda>* no me parece aquí de recibo (36). Su aplicación a la responsabilidad paterna precisaría entender el "beneficio" no en sentido económico (37), sino inmaterial o espiritual (la "satisfacción moral de ser padre").

Sin embargo, aun ese "beneficio" en sentido moral, se ve limitado por el carácter de función social de la patria potestad, que -como señalan DIEZ-PICAZO y GULLON en cuanto a nuestro Derecho (38)- se configura actualmente como *"un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones"*

35 Para una exposición general de los criterios normalmente utilizados para justificar la responsabilidad objetiva, vid. CASTEJON, F.: "La responsabilidad sin culpa en los derechos civil y penal", ADP y CP 1948, pgs. 477 y ss.; asimismo, BORRELL MACIA, A.: "Hacia la responsabilidad...", cit., pgs. 109 y ss.; FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: "Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva", AAMN 1962, t. 13, pgs. 37 y ss.; y BONET RAMON, en "Responsabilidad legal...", cit., pgs. 446 a 449.

36 En este sentido, vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 281.

37 S. PATTI pone de relieve que el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva a cargo de los padres *"determinerebbe altresì una modifica del ruolo e delle funzioni storicamente svolti da quest'ultima"* (esto es, de la responsabilidad objetiva); ello es así porque tradicionalmente la responsabilidad objetiva ha aparecido vinculada a una actividad económica caracterizada por un mínimo de continuidad y organización y ligada a un cálculo de costes y beneficios, caracteres éstos que, obviamente, no pueden aplicarse a los padres (vid. su obra "Famiglia e responsabilità...", cit., pg. 303).

La idea el beneficio económico pudo tener relevancia en otro momento histórico (vid. *supra*, nota 5) e, incluso hoy en algún sector muy reducido de nuestra sociedad (piénsese en determinados ámbitos rurales o marginales), pero lo cierto es que actualmente no puede configurársele como fundamento de la responsabilidad paterna.

38 Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: Sistema de Derecho Civil", vol. IV, 4ª ed., Tecnos, Madrid 1988, pg. 266.

que la ley impone a los progenitores" (39); luego es evidente que la patria potestad tiene hoy más un sentido de carga, en cuanto su ejercicio se ha funcionalizado -y no en interés del padre sino en el del hijo- que de beneficio.

Ello basta para desechar esta idea como fundamento de responsabilidad y pasar a la de la simple creación de una situación de peligro para los demás: los niños, como personas cuya capacidad de discernir y de obrar en consecuencia se encuentra más o menos limitada, crean situaciones peligrosas para las demás personas; desde este punto de vista, los padres introducirían un factor adicional de riesgo en el círculo social en el que el niño se desenvuelve (40).

---

39 La propia Exposición de Motivos del Proyecto de la reforma del Cc que se llevó a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ponía de manifiesto que *"...en conjunto la patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y, por tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes"*.

A propósito del carácter de función de la patria potestad, vid., entre muchos, CASTAN VAZQUEZ, J.M.: Comentario al art. 154 Cc, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.III-2º, 2ª ed., Madrid 1982, pgs. 107 y ss.; y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: Comentario al art. 154 Cc, en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia", T.II, Tecnos, Madrid 1984, pg. 1044.

Recientemente, la L. 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora del régimen de la adopción en nuestro Derecho, ha insistido en la primacía del interés del menor y el carácter de función social que debe cumplir la adopción (aspectos a los que alude explícitamente el Preámbulo de la Ley); vid. al respecto FELIU REY, M.-I.: "Comentarios a la Ley de Adopción", Tecnos, Madrid 1989, pgs. 186 a 188.

40 Tal es la opinión mantenida por A. VIALARD, en "Responsabilité du fait...", cit., pg. 4.

El criterio de la creación de un riesgo como fundamento de la responsabilidad paterna aparece en algunas de las últimas Sentencias de nuestro TS, si bien vinculado a nociones culpabilísticas: vid. a este respecto y acerca de las críticas oponibles a esta tesis, las pgs. 225 a 226 del Aptdo. I.2 del Cap. V.

Pero entonces, ¿qué es lo que se entiende por riesgo?. ¿No conlleva prácticamente toda actividad humana un elemento de creación de peligro para los demás?. El menor de edad ocasiona muy frecuentemente daños imprevisibles e inevitables, respecto de los cuales no es posible la adopción de medida previa alguna; a mi modo de ver, no pueden imputarse estas consecuencias lesivas a los padres por el mero dato de la creación de ese hipotético peligro -peligro que, además, se ve acrecentado a medida que, conforme a los nuevos modelos sociales, se reconoce al menor una independencia y autonomía crecientes-, sino que, desde esta perspectiva, se trataría más bien de un riesgo a cargo de la comunidad (41).

++ ¿Podría fundamentarse la responsabilidad objetiva de los padres en consideraciones de equidad, partiendo de que es más justo que ellos respondan de los hechos dañosos de sus hijos, a que sea la propia víctima la que soporte por sí los daños sufridos (42)?.

No veo por qué ha de ser ésto lo más justo cuando los padres no siempre -y cada vez menos- están en condiciones de evitar los actos lesivos de sus hijos (piénsese en los casos en que éstos se hallan próximos a la mayor edad y ocasionan un daño en el curso de una actividad que socialmente se estima normal para sus años). Si a los padres no se les puede reprochar falta alguna, no se ve que sea de mayor justicia el hacerles responsables a ellos que el dejar la reparación a cargo del perjudicado. Al fin, no sería éste

41 En este sentido, vid. CAVANILLAS MUGICA, S.: "La transformación de...", cit., pg. 114.

42 En esta dirección, vid. LAMBERT-FAIVRE, Y.: "L'évolution de...", cit., pgs. 6 y 7.

Supuesto totalmente distinto al descrito en el texto es aquél en que la equidad entra en juego a los solos efectos de concretar la cuantía de la indemnización y, en particular, a los efectos de determinar una reducción de la reparación debida con base a otro fundamento, ya sea subjetivo, ya objetivo (como prevé la Ley noruega, de reparación de daños en determinados casos, en la regla 3ª del § 1-2: vid. *supra*, nota 33 *in fine* de este Apto. B del Cap. II).

el único supuesto en que la víctima inocente queda sin indemnización; ello ocurre, p.ej., siempre que el dañante mayor de edad es insolvente (al menos inmediatamente). ¿Por qué, entonces, debe protegerse más a la víctima de un menor insolvente que a la de un mayor en idéntico estado?. No se ve razón de equidad que justifique tales diferencias (43).

++ La responsabilidad objetiva de los padres también se ha querido justificar por razones de *utilitas* o interés social, concretamente, el reforzamiento de los fines preventivos y de protección de la víctima propios del Derecho de daños (44).

a) En cuanto a la prevención, se considera que la responsabilidad objetiva induce de modo indirecto pero eficaz (por la amenaza de un quebranto patrimonial) a un cumplimiento más diligente de los deberes paternos de vigilancia y educación.

Por mi parte creo, sin embargo, que el grado de cuidado dispensado por los padres para evitar cualquier posible acto dañoso por parte de sus hijos, vendrá determinado fundamentalmente por el objetivo mismo de que el propio hijo no padezca los daños; esto es, por regla, el motivo determinante de la diligencia es aquí más el interés del menor que el régimen vigente para la responsabilidad paterna.

Pero es que, aun suponiendo que la responsabilidad objetiva indujera a los padres a practicar una vigilancia y control más rigurosos sobre los hijos, pero este efecto no estaría exento de reparos: iría contra los actuales postulados pedagógicos relativos a la necesidad de reconocer al menor un margen de libertad en el que pueda desarrollar una personalidad madura y responsable, así

---

43 Vid. en este sentido, el comentario a la STS de 22.9.1984 de A.F. PANTALEON PRIETO, CCJC 1984, n° 6, 164, pg. 1990.

44 Tal es la opinión de LEON GONZALEZ, en "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 287 y 288.

como contra la desaparición del criterio autoritario de la patria potestad en el Derecho de familia (45).

b) Dada la normal insolvencia del menor, la responsabilidad objetiva de los padres se justifica también por la finalidad de garantizar a la víctima la reparación, lo cual está en consonancia con la relevancia extraordinaria que el principio *«pro damnato»* ha cobrado en el actual Derecho de daños (46).

Sin embargo, una cosa es que toda sociedad esté interesada en que los daños sean reparados y otra la determinación del patrimonio responsable. En nuestro caso, si la víctima va a percibir la indemnización a costa del patrimonio de una persona a la que no cabe reprochar culpa alguna y, por ende, sin consideración a su situación económica, que puede ser incluso peor que la del dañado, suponiéndole el pago de la reparación un sacrificio exorbitante, la «utilitas» social de esta solución me parece muy cuestionable.

Cabe añadir un argumento comparativo. La responsabilidad del empresario también se ha objetivado en aras del principio *«pro damnato»*, a partir de la concepción de la empresa como una unidad económica y de riesgos: como señala CAVANILLAS MUGICA (47), en el ámbito empresarial *"si bien no se puede controlar inmediatamente a los dependientes, sí se puede controlar mediatamente el <factor humano> y el <factor material> de la*

45 Vid. *supra*, pg. 35 de este Apto. B) del Cap. II.

46 Sobre este punto, vid. LOPEZ JACOISTE, J.J.: "Cien años de...", cit., pgs. 1147 a 1149.

La finalidad de favorecer a la víctima ha presidido algunas reformas legislativas en materia de responsabilidad por actos de hijos menores de edad, como la operada en el Derecho de Madagascar por la Ley de 9.6.1965, relativa a las fuentes de las obligaciones civiles (vid. al respecto LACOMBE, J.: "L'évolution de la responsabilité civile du fait d'autrui en droit malgache", Mélanges offerts a Pierre Voirin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1967, pgs. 468 y ss.).

47 En "La transformación de...", cit., pg. 109.

*explotación, deviniendo los fallos de éstos estadísticamente calculables y estadísticamente reducibles por el empresario..."; en definitiva, éste puede incorporar los gastos derivados de los actos dañosos de sus empleados a los costes de su actividad y repercutirlos así sobre un colectivo (su clientela) (48). Estas consideraciones, sin embargo, no sirven para los padres, ya que la familia no opera hoy como una unidad económica y patrimonial.*

++ No opinan así, sin embargo, quienes fundamentan la responsabilidad objetiva de los padres en la idea de **solidaridad familiar** (49), apoyándose en la concepción de la familia como una unidad, tanto desde el punto de vista sociológico como económico. STARCK, uno de los defensores de esta tesis, deja ver ambos aspectos cuando acude a los siguientes argumentos: *"La familia es una agrupación, unida por estrechos lazos, y no es anormal considerar que, mientras estos lazos subsisten, en general hasta la mayoría de edad, los padres deben responder civilmente de los daños que comprometen la responsabilidad de sus hijos. Cuando el padre (o la madre) es condenado civilmente, toda la familia sufre, por repercusión, las consecuencias de esta condena que puede disminuir considerablemente los recursos del matrimonio. A nadie se le ocurre indignarse. ¿Por qué debería ser diferente en el caso inverso?"* (50).

Sin embargo, la misma existencia de la llamada solidaridad familiar no es una cuestión pacífica (51). Si se atiende a la consideración sociológica de la familia como unidad, hay que admitir que los lazos que unen a algunos de sus miembros, ante todo, y por cuanto aquí interesa, a padres e hijos, no son actualmente tan

48 Vld. BORRELL MACIA, A.: "Hacia la responsabilidad...", cit., pgs. 114, 115, 118 y 126.

49 Así, p.ej., BACH, E. L.: "Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en Droit français", Rev.Trim.Dr.Civ. 1977, pg. 237, n° 151; y STARCK, B.: "Droit Civil. Obligations", T.1, 2ª ed., Litec, París 1985, pgs. 365-366.

50 En "Droit Civil. Obligations", T. 1, cit., pgs. 365-366.

51 PANTALEON la califica de "mito" y "prejuicio" (vid. su comentario a la STS de 22.9.1984, cit., pg. 1990).

estrechos como pretende STARCK; se habla en este sentido de la disolución o de la crisis de la familia, fenómeno apreciable muy especialmente a medida que los hijos crecen y ganan independencia y autonomía; es más, jurídicamente se potencia este proceso de liberación del menor y de promoción de su capacidad decisoria respecto de asuntos que directamente le afectan.

Tampoco en el aspecto económico la familia opera hoy como una unidad. Los patrimonios de los padres (los privativos y, en su caso, el común) están separados del del hijo. En nuestro Derecho, suprimido en 1981 el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, subsiste la administración paterna de dichos bienes y se establece el deber de los hijos de cooperar en el levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con los padres y según sus posibilidades (arts. 155.2º y 165 Cc). Dicho deber se justifica atendiendo al interés familiar, idea que ya estaba presente en el antiguo usufructo legal, ganando terreno a la del interés exclusivamente paterno y de compensación debida a los progenitores por la ayuda prestada a los hijos (52). Sin embargo, se ha entendido (53) que la sustitución del usufructo por el actual deber de cooperar, posibilita un mejor control de la aplicación de los bienes del menor, en cuanto queda claro que ha de dirigirse al levantamiento de las cargas familiares y sólo este destino justifica el sacrificio del interés del hijo.

¿Cabría considerar este deber filial de cooperación como expresión de una solidaridad familiar que sirviera para establecer la responsabilidad objetiva de los padres?. A mí no me lo parece. Aquel deber pasa por que el hijo esté en condiciones de colaborar

---

52 Vid. CASTAN VAZQUEZ, J.M.: Comentario a los arts. 159 a 163, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", T.III-2º, EDESA, Jaén 1978, pgs. 172 y 173; y VENTOSO ESCRIBANO, A.: "La representación y disposición de los bienes de los hijos", Colex, Madrid 1989, pg. 189.

53 Así, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO en su comentario al art. 165 Cc, en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", T. II, cit., pg. 1111.



("según sus posibilidades", dice el art. 155 2º), esto es, que es preciso que cuente con cierto patrimonio, lo cual no ocurre en la mayoría de los casos; entonces, si en la práctica muy pocas veces sucede que el hijo contribuye con sus bienes, ¿por qué erigir un deber que sólo excepcionalmente se hace efectivo en justificación de la responsabilidad paterna objetiva en todo caso?.

Por contra, habrá casos en que el hijo ayude económicamente a los padres y, sin embargo, esté fuera de duda que éstos no deben responder de los actos de aquél: así, cuando se trata de hijos mayores de edad que continúan conviviendo en el hogar familiar (54).

Por otra parte, si se entendiera que la deuda nacida de la responsabilidad objetiva paterna constituye una "carga familiar" a los efectos que aquí interesan, la facultad de los padres de destinar los bienes (o sus frutos) de los hijos al levantamiento de aquélla plantea algunas cuestiones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 1366 Cc (régimen económico-matrimonial de gananciales), las obligaciones extracontractuales de un cónyuge derivadas de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal, será de la responsabilidad y cargo de ese cónyuge si se debió a dolo o culpa grave por su parte; si en tales casos estamos ante una deuda privativa de uno de los cónyuges, lo mismo que no afecta a la sociedad de gananciales, tampoco debe afectar a los hijos que, aunque hayan causado el daño, no sean responsables del mismo: esto es, que no estaríamos ante una carga familiar en

---

54 Para J.M. de PRADA GONZALEZ (vid. "La patria potestad tras la reforma del Código civil", AAMN, XXV, 1982, pg. 404), el deber de contribuir se da siempre que subsista la convivencia familiar; en cambio, otros autores entienden que, aunque el deber no existe cuando ha concluido la patria potestad, lo normal será que medie un acuerdo, tácito o expreso, al respecto entre padres e hijos que conviven (así, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, en su comentario al art. 155 Cc, en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", T.II, cit., pg. 1059, y M. ALBALADEJO, en "Curso de Derecho Civil", T. IV, 3ª ed., Bosch, Barcelona 1987, pg. 284).

todo supuesto en que se declarase la responsabilidad objetiva de uno o ambos padres.

Pero supongamos que no hubo dolo ni culpa grave en el padre obligado a responder; la configuración de su deuda como una carga familiar plantea complicaciones. Si los padres pueden destinar bienes del hijo causante del daño para su satisfacción en una medida equitativa (art. 155 n° 2) y dicha equidad depende de criterios esencialmente económicos, por esta vía podría hacerse responder por los propios actos a un menor civilmente inimputable; lo cual, a mi modo de ver, contravendría frontalmente el principio de responsabilidad por culpa del art. 1902 Cc y el carácter subsidiario de la responsabilidad del inimputable deducible del art. 20.1ª pfo. 2º Cp; para que hubiera verdadera solidaridad familiar, sería preciso establecer también la responsabilidad objetiva y directa del menor, de modo que la indemnización debiera ser soportada tanto por los padres como por el hijo autor del daño, aun siendo inimputable. Aún hay más: si los padres destinasen bienes de otro hijo (no el causante del daño) al pago de la indemnización, por este método indirecto se cargarían (aunque sólo fuese en parte) las consecuencias dañosas de un actuar ajeno sobre alguien a quien, conforme a nuestro Derecho, no se le puede imputar responsabilidad alguna. En definitiva, no puede decirse que opera una auténtica solidaridad en el levantamiento de las cargas familiares, mientras no se arbitren los medios oportunos para que a ellas deban contribuir efectivamente todos los miembros de la familia, con independencia de cuál haya sido su intervención en el acto originador de la carga.

A mi modo de ver, y atendiendo a nuestro Derecho vigente, los arts. 155.2º y 165 Cc han de respetar, en cuanto a las deudas por responsabilidad de los padres, los criterios que se desprenden

acerca de la responsabilidad del menor (o, en su caso, de otros miembros de la familia) de los arts. 1902 y 1366 (1).

Por todo lo dicho, no creo que el deber filial de cooperar en el levantamiento de las cargas familiares por sí solo ofrezca apoyo suficiente a la introducción en nuestro Derecho de una norma de responsabilidad objetiva a cargo de los padres en base a la pretendida consideración de la familia como una unidad económica.

- La búsqueda de una solución que satisfaga los intereses de todos los afectados, ha llevado a un sector doctrinal a proponer la imposición de un seguro obligatorio de responsabilidad por los actos dañosos de los hijos menores de edad, al tiempo que la consagración de la responsabilidad objetiva de los padres (2).

1 Así lo entiende también C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, al analizar el posible derecho de repetición de los padres respecto del hijo; de ahí que entre los componentes de equidad a ponderar a los efectos del art. 155.2º incluya la valoración del comportamiento del menor y la mayor o menor culpabilidad del mismo y de sus padres (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 198 a 201).

2 En este sentido se han manifestado, dentro de la doctrina alemana, E.v. HIPPEL ("Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden. Ein Ruf nach Reform", FamRZ 1968, pg. 575), R. DEERBERG ("§ 832 BGB und Versicherungsgedanke", Diss., Münster 1978, pgs. 110 a 113, 147 y ss.), D. BERNING ("Haftungsfragen bei von Kindern verursachten Schäden unter besonderer Berücksichtigung der Branstiftung", JA 1986, pg. 20) y H. KÖTZ ("Deliktsrecht", 4.Aufl., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1988, pg. 122).

Respecto de la doctrina francesa, vid. TUNC, A.: "L'enfant et...", cit., VII; DURRY, G.: "L'irresponsabilité de l'infans", Rev.tr.dr.civ., 1978, pg. 655; HUET, J.: "Evolution de la...", cit., pg. 121; VIALARD, A.: "Responsabilité du fait ...", cit., pg. a, nº 12; VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nros. 22 a 24; GUIMEZANES, N.: "Responsabilidad de los...", cit., pg. 5; y STARCK, B.: "Droit Civil. Obligations", T.1, cit., pg. 366.

La misma tendencia a que aludo en el texto se registra en un sector de la doctrina nórdica; de ello da cuenta J. HELLNER en su artículo "Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves", Rev.int.dr.comp. 1967, pgs. 785, 803 y 804.

Aunque en Italia este tipo de seguro no ha experimentado gran difusión, también allí la tesis favorable a su imposición

va haciéndose eco: vid. al respecto PATTI, S.: "Famiglia e responsabilità...", cit., pgs. 285 y 328 a 330.

En España se ha expresado a favor de esta solución C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pg. 90).

La propuesta a que me refiero halla su marco de referencia en la temática, más amplia, que la doctrina alemana ha tratado bajo la expresión "*Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz*" ("sustitución de la responsabilidad a través de la protección mediante el seguro"), cuestión por la que también se han interesado notablemente los juristas escandinavos.

K. SIEG (vid. "*Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz?*", ZHR 113 [1950], pgs. 101 y 102) ha destacado que tal sustitución puede entenderse de dos maneras diferentes: a) Que el seguro actúe sin consideración alguna del Derecho de responsabilidad (en cuyo caso -como observa DIEZ-PICAZO en "La responsabilidad civil...", cit., pg. 736-, si se persigue la socialización de todas las indemnizaciones por daños personales, se trata, no de un seguro de responsabilidad civil, sino de "*un propio y genuino seguro de accidentes*"); una tesis de este tipo fue defendida por el profesor sueco I. STRAHL en su obra "*Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område - Statens offentliga utredningar 1950: 16-*", Stockholm 1950 (sobre esta propuesta, vid. HELLNER, J.: "*Développement et rôle...*", cit., pgs. 799 y 800); sin embargo, en la situación actual parece inviable una sustitución absoluta de las normas de responsabilidad por un seguro de accidentes (vid. DIEZ-PICAZO en "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 736 y 737, aunque contamos con un ejemplo de seguro público de este tipo que cubre todos los daños corporales: el introducido en Nueva Zelanda, con efectos de 1.4.1974 (para una detallada descripción del mismo, vid. HIPPEL, E. v.: "*Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz.- Rechtsvergleichendes Generalreferat*", en FLEMING, J.G., HELLNER, J. y HIPPEL, E.v.: "*Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz*", Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Alfred Metzner Verlag GMBH, Frankfurt am Main 1980, pgs. 51 y ss.; para una valoración del funcionamiento del sistema con varios años de perspectiva, vid. TUNC, A.: "*Quatorze ans après: le système d'indemnisation néozélandais*", Rev.Int.Dr.Comp. 1989, pgs. 139 a 144, trabajo que resume el informe presentado el 9.5.1988 por la Law Commission de Nueva Zelanda: dicho informe defiende el sistema implantado en 1974 en sus puntos esenciales; como conclusión, señala TUNC que "*l'idée d'une responsabilité pour faute en matière d'accidents, ou d'une distinction quelconque entre les divers types d'accidents ne se pose même plus*" -op. cit., pg. 144-). Y b) Que la relación a que dé lugar el seguro se base en las normas de responsabilidad, de modo que la aseguradora cubra lo que el dañado esté obligado a reparar conforme a dichas normas.

Esta tesis se justifica con base en la dificultad que, a veces, reviste para los padres la prueba de su actuar diligente (3); o se proyecta contra aquellos preceptos positivos que consagran una responsabilidad sin culpa de los menores -como el § 829 BGB alemán (4)-; o, finalmente, contra la interpretación jurisprudencial objetivadora de normas que no establecen expresamente una responsabilidad objetiva del menor (5) o de los padres (6).

Una observación de la realidad permite detectar determinados pasos en el desarrollo de la previsión colectiva de los daños, que redundan en detrimento de la significación de las normas de responsabilidad, como el avance de la seguridad social y la difusión de los seguros (vid. el detallado estudio del tema de J. HELLNER "Haftungersersetzung durch Versicherungsschutz im Schweden", publicada en la obra colectiva "Haftungersersetzung durch Versicherungsschutz", ya cit. *supra* en esta misma nota, pgs. 24 y ss.; vid. asimismo DIEZ-PICAZO, L.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 737); también en las tendencias de reforma legislativa se ha apreciado un parcial desplazamiento del Derecho de responsabilidad civil mediante técnicas colectivas de previsión (vid. WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen", Athenäum Verlag, Frankfurt 1971, pgs. 638 y ss., y HELLNER, J.: "Développement et rôle...", cit., pgs. 802 y 803). Así, se ha subrayado (vid. JORGENSEN, S.: "Ersatz und Versicherung", VersR 1970, pgs. 202 y 203) la insuficiencia de las normas de responsabilidad para resolver el problema de la distribución de daños en una sociedad como la actual, en que la frecuencia y la entidad de los daños se ha multiplicado, y para lo cual se cuenta con el seguro, que se considera un medio mucho más adecuado al fin de garantizar una reparación a la víctima; en realidad, hay que reconocer con J. ESSER y H.-L. WEYERS (vid. "Schuldrecht", Band II, Bes. Teil, 6. Aufl., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, pg. 445) que *"sin seguro de responsabilidad el Derecho de la responsabilidad civil sería, en gran medida, tan sólo papel mojado"* (en idéntico sentido, vid. BERNSTEIN, H.: "Fortwirkende Ausstrahlungen der Haftpflichtversicherung", JZ 1982, pg. 100).

3 Vid. SCHMIDT, J.M.: "Die Aufsichtspflicht nach § 832 BGB", VersR 1982, pg. 825, y D. BERNING: "Haftungsfragen bei von...", cit., pg. 20.

4 En este sentido se expresa D. BERNING: "Haftungsfragen bei von...", cit., pg. 20.

5 Tal es el caso francés, a propósito de los arts. 1382 y 1384.1 del Code civil (vid., *supra* nota 35 del Apto. A de este Cap. II).

6 La objetivación de la responsabilidad de los padres es apreciable, p.ej., en la práctica judicial francesa e italiana: vid. nota 9 y pgs. 39 y 40 de este Apto. II.B.

El seguro obligatorio ya se ha establecido, en varios países, en el sector de los accidentes escolares (7).

+ Frente a la extensión del seguro de responsabilidad, se ha opuesto que diluye la función preventiva y educadora del Derecho

7 Tal es el caso, p.ej., de Francia y la R.F.A. En Francia aún vigen una Ley de 10.8.1943 y un Decreto de 10.6.1944, que imponen a los alumnos de los establecimientos públicos de enseñanza la obligación de estar asegurados contra los accidentes que puedan sufrir en el curso de cualquiera de las actividades que desarrollen con ocasión de la asistencia a dichos establecimientos. Ahora bien, el art. 4 de la citada Ley puntualiza que este seguro no impide el ejercicio de las acciones que correspondan, por derecho común, a la víctima o a sus causahabientes, frente a los responsables o frente al Estado.

En la R.F.A., un seguro de este tipo se estableció mediante la Ley de 18.3.1971 sobre seguro de accidentes para escolares y estudiantes así como niños en guarderías (*«Gesetz über die Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder in Kindergärten»*) (sobre este punto puede consultarse VOLLMAR, K.: "Zur Haftung der Erzieher, Lehrer und Schüler nach Einführung der gesetzlichen Schülerunfallversicherung", *VersR* 1973, pgs. 298 a 302, y ALBILT, H.-J.: "Haften Eltern für ihre Kinder?: Zur Haftung von Aufsichtspersonen Minderjähriger", Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler 1987, pgs. 265 y ss.). Tanto de la RVO como de la citada Ley de 1971, resulta que este seguro de accidentes cubre los daños sufridos por los escolares; respecto de los padecidos por terceros, se pondrán en marcha los mecanismos de la responsabilidad del Estado o la del funcionario, siendo posible el derecho de regreso contra éste último sólo en los supuestos de dolo o negligencia grave.

En cuanto a España, cabe hacer referencia al I Convenio Colectivo de ámbito estatal de Centros Asistenciales y de Educación Infantil, de 3.2.1989, que estableció en su art. 53 la obligación de todos estos Centros (que, conforme al art. 2, son Guarderías Infantiles, Jardines de Infancia y Parvularios no integrados, que realicen las funciones de custodia, atención, asistencia y/o educación infantil de niños de cero a seis años) de contratar seguros que cubran los accidentes y la responsabilidad civil que "...pueda incumbir a los Centros asegurados por los daños y perjuicios causados a terceros, que les sea imputable..." (nº1 del cit. art. 53).

de la responsabilidad civil, así como la figura del culpable o negligente (8).

G. VINEY ha estudiado la relevancia de este reparo en el campo de la responsabilidad por actos dañosos de los menores de edad (9). Según esta autora, aquí no es forzoso optar entre el sacrificio del interés de la víctima o el del inconsciente, gracias al seguro. Seguro que tiene en este tipo de actos dañosos un campo que puede cubrir sin peligro alguno de "desresponsabilización": si el menor que dañó es inimputable y es difícil considerar culposa la actuación del obligado a cuidarle, pero, al propio tiempo, se pretende que el perjudicado obtenga una reparación, resulta aquí mucho más adecuada la intervención del seguro que la exigencia de responsabilidades (10).

+ La imposición del seguro obligatorio, produciría unas consecuencias inmediatas (11):

8 Vid. ANGEL YAGUEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pgs. 382 y 383. Participa de las dudas expresadas en el texto, en relación con la socialización de los riesgos E. RUIZ VADILLO: vid. "Responsabilidad civil del automóvil en Europa. Aspectos legales y sus repercusiones económicas", RDC 2/1987, pg. 61; no las comparte, en cambio, R. VILAR BADIA: vid. "Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro", Pretor 1974, nº81, pg. 70.

La introducción del seguro contra eventuales consecuencias dañosas de comportamientos culpables desató la discusión acerca de la validez de dicho contrato, en general, en todos los países en que apareció la figura; vid., MATILLA ALEGRE, R.: "Evolución de...", cit., pg. 547; respecto de los países nórdicos, vid. JØRGENSEN, S.: "Ersatz und Versicherung", cit., pg. 206; en cuanto a las críticas articuladas por la doctrina alemana, vid. la bibliografía recogida por Ch. v. BAR en la nota 118 de su citado artículo "Das <Trennungsprinzip>...", pg. 313.

9 Vid. "La réparation des ...", cit., nros. 21 y ss.

10 Vid. HUET, J.: "la responsabilité du...", cit., pg. 513.

11 Vid. VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nº 23; asimismo DEERBERG, R.: "§ 832 BGB...", cit., pgs. 147 y ss., en particular, 150 a 156 y 170-1.

- a) Pondría fin a la situación insatisfactoria a que da lugar el sistema actualmente operante, que resulta complicado, caro y pesado, aparte de forzar a los jueces a complejas reflexiones sobre la existencia o no de culpa de los padres o de la propia responsabilidad del menor, frecuentemente bajo la presión de proporcionar del modo que sea una reparación a la víctima (12); de hecho, la existencia de un seguro influye de forma decisiva en muchos fallos judiciales, aunque no se suele reconocer abiertamente (13).

12 En este sentido, HIPPEL, E.v.: "Zur Haftung Aufsichtspflichtiger...", cit., pg. 575; y KÖTZ, H.: "Deliktsrecht", cit., pg. 122.

13 En efecto, la incidencia del seguro en las decisiones judiciales sobre responsabilidad civil es sólo una de las manifestaciones de un fenómeno más amplio, cual es la ruptura de lo que la doctrina alemana ha denominado <Trennungsprinzip> o "principio de separación" entre las normas de responsabilidad y el seguro de responsabilidad (vid. FREIHERR MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, W.: "Zum Einfluß von Versicherungsschutz auf die Haftpflicht", Frankfurter Vorträge zum Versicherungswesen, Heft 4, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe 1982, pgs. 3 a 7; asimismo RODOPOULOS, G.: "Kritische Studie der Reflexwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung", Haag u. Herchen, Frankfurt/M. 1981). Aquel principio de separación no es sino traducción de una secuencia lógica (vid. WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden...", cit., pg. 118): el seguro de responsabilidad sigue al Derecho de responsabilidad, que opera independientemente del primero, en cuanto que sólo cuando la responsabilidad se haya determinado, entra en juego el seguro para cubrir los daños, y no antes; por tanto, éste carece de relevancia al decidir sobre la procedencia y cuantía de la pretensión de resarcimiento (vid. HANAU, P.: "Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung", VersR 1969, pg. 291).

Sin embargo, como indicaba, existen quiebras del principio, que se dejan ver ya en determinadas normas positivas; algunas dan ocasión a la ponderación del seguro en las decisiones sobre responsabilidad aunque no se aluda a él expresamente (recuérdense, p.ej., los preceptos que prevén la responsabilidad del menor inimputable en base a consideraciones de equidad); otros preceptos, como el ya citado § 2 de la Ley sueca relativa a la indemnización de daños, incluyen explícitamente el seguro de responsabilidad entre los datos a tener en cuenta para determinar el *quantum debeatur*.

La quiebra del referido principio de separación también se aprecia en la práctica judicial de muchos países, donde la



- b) Se garantizaría en todo caso la cobertura de los daños producidos (14). Un Fondo de Garantía aseguraría la cobertura en los casos de incumplimiento de la obligación de suscribir el seguro.
- c) Quedaría definido legalmente el riesgo garantizado por el seguro obligatorio. Se ha señalado (15) que debiera cubrir, tanto los daños que el incapaz pueda causar a otro, como los perjuicios corporales de los que él mismo fuera víctima. Ello sería posible acompañando al tradicional seguro de "cabeza de familia" un seguro individual de accidentes.

---

consideración del seguro generalmente se esconde entre razonamientos de diversa índole (vid., a este respecto, BAR, Ch. v.: "Das <Trennungsprinzip> und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung", AcP 181 (1981), pgs. 290 y 291; acerca de la situación en la R.F.A., E.E.U.U. y Suecia, vid. WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden...", cit., pgs. 121-126 y 175-176, 252-253 y 304-305, respectivamente; y, a propósito de los casos estadounidense, inglés y francés, vid. MARKESINIS, B.S.: "La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance", Rev.int.dr.comp., 1983-I, pgs. 304 y ss., en particular 304 y 316); así, en las decisiones judiciales, la existencia de un seguro de responsabilidad se traduce en el más fácil reconocimiento de la responsabilidad de quien ocasionó el daño -exigiendo una diligencia cada vez más rigurosa- y en el establecimiento de indemnizaciones más elevadas (vid. MATILLA ALEGRE, R.: "Evolución de...", cit., pg. 558; WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden...", cit., pgs. 122, 399, 430, 431 y 438; ROTH, T.: "Zunehmende Verschärfung der Haftung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung", VW 1962, pg. 429; y BAR, Ch. v.: "Das <Trennungsprinzip>...", cit., pgs. 291 a 293).

- 14 Vid. LEGEAIS, R.: "La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs", Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, pg. 798.

Sin embargo, P. ESMEIN, ya en 1941, cuestionaba la justificación de que tuvieran que ser precisamente aquellas personas que no crean situaciones peligrosas las que deban contratar un seguro en beneficio de las eventuales víctimas, en vez de ser éstas quienes lo hagan para protegerse a sí mismas (vid. "La faute et...", cit., pg. 490).

- 15 VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nº 23; y GUIMEZANES, N.: "Responsabilidad de los padres...", cit., pg. 5.

- d) El legislador podría adoptar las medidas oportunas para acabar con los seguros múltiples, que pueden funcionar simultáneamente para cubrir el mismo riesgo, exigiendo un mayor esfuerzo económico al asegurado, que ha de pagar varias primas. Este fenómeno de la pluralidad de seguros puede darse, p.ej., en Francia, al existir al mismo tiempo el seguro de "cabeza de familia", el seguro escolar y los diversos seguros impuestos por aquellos organismos que se hacen cargo temporalmente del menor (en períodos de vacaciones, o para el desarrollo de actividades deportivas, etc.).
- e) Se liberaría la educación del niño de una vigilancia y control exagerados por parte de aquellos padres que son excesivamente cautelosos (16).

+ Para terminar, esta tesis no prescinde absolutamente de la noción de culpa: cuando se reclama la imposición de un seguro obligatorio, se insiste en que su objeto ha de ser la reparación de daños ocasionados por menores que sean incapaces de culpa, por carecer de suficiente discernimiento (17); o se entiende que la responsabilidad por culpa del menor -y sólo ésa- debe subsistir (18).

16 Así opina D. BERNING: "Haftungsfragen bei von...", cit., pg. 20. Vld. asimismo DEERBERG, R.: "§ 832 BGB...", cit., pgs. 112 y 151.

17 Así, HUET, J.: "la responsabilité du...", cit., pg. 513, y VINEY, G.: "La réparation des...", cit., nros. 17 y ss. A.TUNC considera que la responsabilidad objetiva de los padres -correlativa al seguro obligatorio- ha de concluir desde el momento en que el hijo sea un "gran adolescente" y, por tanto, sea capaz de culpa ("L'enfant et...", cit., final del apartado VII. En la misma línea se expresan R. WILLE y F. BETTGE: "Empirische Untersuchungen zur...", cit., pg. 882.

18 En esta línea se expresa D. BERNING, proponiendo una reforma del BGB encaminada a la restricción de la responsabilidad del menor a sólo los casos en que actúe culpablemente ("Haftungsfragen bei von...", cit., pg. 20).

CAPITULO III

LA DOBLE REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE  
ACTOS DAÑOSOS DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

### III. LA DOBLE REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACTOS DAÑOSOS DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

#### I. INTRODUCCION

- Como es de sobra sabido, en nuestro ordenamiento la regulación de estos supuestos se halla repartida entre el Cc y el Cp. Este sistema constituye una excepción en el panorama del Derecho comparado, en el cual sólo en raras ocasiones se ha seguido el modelo español en este punto (1).

La peculiaridad de nuestro sistema se debe al curso que siguió en España el proceso codificador (2). La redacción de los Códigos penales de 1822, 1848 y de 1870 precedió a la del Cc y se optó por incluir en aquéllos las normas relativas a la responsabilidad civil -por consiguiente, normas de naturaleza civil (3)- derivada de un hecho dañoso tipificado como delito o falta. Ello hizo que, a la hora de elaborar el Cc hoy en vigor, hubiera que tener en cuenta las disposiciones penales, así como completar la regulación de la responsabilidad civil a todos los efectos civiles.

El legislador civil optó entonces por remitir al Cp cuando de "*obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas*" se tratara (art. 1092 Cc) y por establecer en los arts. 1902 y ss. una

---

1 Entre los Derechos que siguieron este sistema dúplice de regulación se encuentra, p.ej., el de Venezuela, cuyo Cp de 1873 fue redactado bajo la inspiración de los Códigos penales españoles de 1848 y 1870; de ahí que los problemas allí suscitados hayan sido de un carácter muy similar a los de nuestro caso (vid. al respecto CHIOSSONE, T.: "Unificación del concepto de responsabilidad civil ex delicto y por hechos ilícitos", en Libro homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza, I, Universidad de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1970, pgs. 299 y ss.).

2 Sobre ello, vid. las pgs. 110 y ss. de este Capítulo.

3 Vid. al respecto COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: "Derecho Penal. Parte Especial", 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 1987, pg. 683.

regulación separada -y, como veremos, no del todo coincidente con la penal- para *"las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley"* (art. 1093 Cc). Por su parte, el Cp reenvía al civil en cuanto al modo de extinción de la obligación (art. 117 Cp).

Parece, pues, que, excepto por lo que se refiere a esta última cuestión, el régimen de la responsabilidad civil derivada de actos dañosos culpables o negligentes (y dejo a un lado la responsabilidad civil contractual) es el del Cp (arts. 19 y ss. y 101 y ss.) o el del Cc (arts. 1902 y ss.), según que dicho acto sea o no constitutivo de un delito o una falta; e incluso por lo que se refiere a la prescripción, el reenvío del art. 117 Cp ha sido interpretado en ocasiones de tal manera que, en los casos en que el hecho dañoso es delictivo, se aplica un plazo distinto del previsto en el art. 1968.2 Cc para los supuestos del art. 1902 y -según opinión dominante en nuestro Derecho- siguientes del Cc (4). Por ello, la jurisprudencia y un sector de la doctrina suele distinguir entre responsabilidad civil "derivada de delito" o "ex ilícito penal" y responsabilidad civil extracontractual o "ex ilícito civil" (aunque, como se verá a lo largo de la exposición, esta terminología no puede considerarse correcta) (5).

---

4 Así lo viene entendiendo la Sala 1ª del TS, interpretando que el art. 117 Cp remite al plazo fijado por el art. 1964 Cc. Pero éste ya es otro tema, del que trataré más adelante, en este mismo Capítulo.

5 La distinción aludida es utilizada, v.gr., por A. BORRELL MACIA ("Responsabilidades derivadas de...", cit., pgs. 155 y 156), LATOUR BROTONS ("Responsabilidad civil de...", cit., vid., p.ej., pgs. 122 y 148), J. A. CABALLERO GEA ("Las responsabilidades, penal y civil, dimanantes del accidente de circulación. Síntesis y ordenación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales; moderna doctrina legal de las Audiencias Territoriales y del Tribunal Supremo. Seguros. Formularios", Ed. Aranzadi, Pamplona 1981, pgs. 143 a 145), J. SANTOS BRIZ ("La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal", 4ª ed., Montecorvo, Madrid 1986, pgs. 427 y 463. En cuanto a la jurisprudencia, vid., como pequeña muestra, las SS. citadas en las notas 31 y 32 pg. 101 de este Cap.

## II. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DOBLE REGULACION

- Las dudas surgen en cuanto se profundiza en lo que este planteamiento significa, así como en el contenido de las mismas disposiciones.

### 1. LAS DIVERGENCIAS EN LA REGULACION; ENJUICIAMIENTO CRITICO.

Las normas civiles y penales relativas a la responsabilidad civil no siempre coinciden (6). Así, v.gr., y por lo que se refiere al tema que aquí interesa, mientras que conforme al Cc los padres responden por los hijos en tanto éstos se encuentren bajo su guarda (por regla, durante toda la minoridad), según el Cp esa responsabilidad sólo alcanza hasta que el hijo cumple los 16 años; y, en cuanto a la responsabilidad civil del propio menor, mientras que de acuerdo con el Cc dependerá de su capacidad de culpa civil, en el Cp surge desde que alcanza los 16 años (aunque, como en su momento veremos, ambas disposiciones tienen una relación) y también se prevé una responsabilidad subsidiaria independiente de consideraciones de culpa. También en cuanto al contenido de la obligación de responder, se aprecia un contraste -aunque pueda ser sólo aparente- entre la disposición civil, que sólo alude a la reparación del daño causado (art. 1902) y la penal (art. 101 Cp) que, además, incluye la restitución y la indemnización de

---

Sin embargo, como acertadamente subraya la STS (Sala 1ª) de 18.10.1988, *"las obligaciones ex delicto" "propiaamente no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible..."* En esta línea se había pronunciado la Sala 2ª del TS en S. de 20.2.1979.

6 Vid. sobre este punto, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1092 del Código civil: Cien años de errores", Centenario del Código civil (1889-1989), T.II, cit., pgs. 2112 y ss.

perjuicios (7). Interesa ahora simplemente llamar la atención sobre los contrastes que muestra una mera lectura de los textos positivos; su estudio en profundidad es abordado más adelante.

¿ Podrían justificarse tales diferencias invocando la diversidad del tema regulado?. Creo que no. En primer lugar, no tiene sentido justificar un régimen distinto de responsabilidad civil en el carácter diferente (meramente civil o, además, también penal) del ilícito o la culpa de la que se pretende que deriva aquélla (8).

---

7 A este respecto, E. GOMEZ ORBANEJA subraya que, por lo que se refiere a la obligación de restituir que consagra el art. 101 Cp y regula el 102 del mismo Código, se trata simplemente -y por regla general- de la acción reivindicatoria prevista en los arts. 348 y 349 Cc; señala, además, que la *reparación del daño* y la *indemnización de perjuicios* son dos cosas equivalentes en el Derecho moderno, comprendidas ambas en el concepto general de resarcir (vid. "La acción civil de delito", RDP 1949, pgs. 208 y ss.). En idéntico sentido se pronunció la Sala 2ª del TS en S. de 31.1.1989, poniendo de relieve que la doble expresión del art. 101 Cp "reparación del daño" e "indemnización de perjuicios", *"implica un pleonismo ya que ambos (daños y perjuicios) son términos en derecho equivalentes, dado que el contenido del resarcimiento es idéntico, cual es, el neutralizar el detrimento sufrido..."*; en la misma línea, vid. la STS -Sala 2ª- de 15.2.1986. Así, resulta que la diferencia entre Cc y Cp en este punto no sería relevante.

Por su parte, admite L. DIEZ-PICAZO que, aunque en el Cp hay normas relativas al alcance de la indemnización que no hay en el Cc, *"por vía de una interpretación extensiva sea posible sin grandes dificultades llegar a las mismas conclusiones"* (vid. su comentario a la STS de 25.2.1963, en Estudios de Jurisprudencia Civil, T. I, ed. Tecnos, Madrid 1979, pg. 256).

8 En este sentido, vid., entre otros muchos, SOTO NIETO, F.: "El menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilístico", RDC 1972, pg. 225; RUIZ VADILLO, E.: "La responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Información Jurídica 1972-II, pgs. 13 a 15; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Manual de Derecho civil, precedido de una introducción al Derecho", 2ª ed., Bosch, Barcelona 1984, pgs. 581 y 582; FONT SERRA, E.: "Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal", RJC 1988-II, pgs. 104 y 105; y CABANILLAS SANCHEZ, A.: Comentario a los arts. 1092 y 1093 Cc, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.XV-vol. 1º, EDESA, Madrid 1989, pgs. 218 y 219.

Incluso la existencia misma de esa distinción no es un tema pacífico (9).

La cuestión se proyecta de forma particular en materia de imprudencia punible. Ya antes de la reforma del Cp por Ley 3/67, de 8 de abril, alguna doctrina había puesto de manifiesto la confusión existente entre las áreas civil y penal en este ámbito (10), así como el carácter "extrínseco" de la distinción entre ambos tipos de culpa, por cuanto se apoya sólo en el dato de que se encuentre o no tipificada, lo cual recorta la amplitud de la culpa penal (11). A raíz de la mencionada reforma, se señaló que, de la interpretación conjunta de los arts. 565 (que configuraba como delito la imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos y resultado de delito), 586.3 y 600 Cp (que tipificaban como falta, respectivamente, la imprudencia simple sin infracción de reglamentos y resultado de delito que causare daño a las personas, así como la imprudencia temeraria o simple, con o sin infracción reglamentaria, con resultado de falta y que causare daño a las cosas), se desprendía que toda causación culposa de un daño, personal o material, y aún realizado por simple imprudencia, era constitutivo de delito o falta (12).

---

En contra, entre otros, vid. COSSIO, A. de: "Instituciones de Derecho civil", 1, Alianza Ed., Madrid 1975, pgs. 301 y 302.

- 9 Para una exposición general sobre el tema, vid. QUINTANO RIPOLES, A.: "Diferenciación entre la culpa civil y la culpa criminal", ADC 1957, pgs. 1039 y ss.
- 10 Vid. MORENO MOCHOLI, M.: "La responsabilidad civil por culpa extracontractual y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia", RDP 1950, pgs. 639 y ss.; también BORRELL MACIA, A.: "Responsabilidades derivadas de...", cit., pgs. 52 y 54.
- 11 Entre otros, vid. SILVA MELERO, V.: "Analogías y diferencias entre la ilicitud civil y penal", AAMN 1952, pg. 449; QUINTANO RIPOLES, A.: "Diferenciación entre la...", cit., pg. 1048, y "Seguros y responsabilidades civiles delictuales", RDP 1961-I, nº 45, pg. 5.
- 12 En este sentido, vid. CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pg. 84; ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 45; y CABANILLAS SANCHEZ, A.: Comentario a los arts. 1092 y 1093 Cc, cit., pg. 215.



Esto ha sido tenido en cuenta por el legislador en la reciente reforma del Cp, por L.O. 3/1989, de 21 de junio. Del propio Preámbulo de la Ley se desprende que, como ejes principales de la reforma, han figurado, por un lado, el *principio de intervención mínima* (esto es, de reserva de la intervención punitiva -según señala el Preámbulo- "*para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena*") (13) y, de otro, el objetivo político-criminal de descongestionar a la justicia penal. De ahí que se haya procedido a una drástica reducción y revisión del Libro III Cp (relativo a las faltas), así como a una amplia despenalización de la imprudencia. El mismo Preámbulo corrobora la dificultad de deslindar en alguno de estos casos los ámbitos propios de los Códigos penal y civil, señalando que con la normativa vigente hasta la fecha de la Ley "*la intervención del Derecho penal comienza prácticamente a la vez que la culpa extracontractual, cuya reclamación puede fundarse en el art. 1902 del Código civil, precepto que de hecho contempla, entre otras, las mismas situaciones que son subsumibles en el Código penal como faltas culposas de daños a tenor del artículo 600 del mismo*".

Tras la reforma de 1989 en el ámbito de los daños por imprudencia (14), constituye delito sólo la imprudencia temeraria con resultado de daños personales, o materiales superiores al límite del seguro obligatorio (arts. 565 en relación con el 563 pfo.

13. A propósito de este principio, vid. COUCEIRO TOVAR, A.: "Los principios inspiradores de la Reforma dentro de la incriminación y desincriminación de las leyes penales", RPJ, N° especial XII, dedicado a las "Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal", 1990, pgs. 76 y 77; y GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A.: "Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes", RPJ, N° especial XII, cit., pgs. 235 y ss.

14. En cuanto a los cambios introducidos por la reforma en dicho ámbito, vid., entre otros, COUCEIRO TOVAR, A.: "Los principios inspiradores...", cit., pgs. 82 a 84; y ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: "Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989", RPJ, N° especial XII, cit., pgs. 59 y 60.

2) (15). Quedan como faltas, por un lado, la imprudencia simple antirreglamentaria con resultado de daños personales que, de mediar dolo, constituiría delito, o materiales superiores al límite del seguro obligatorio; y, por otro, la imprudencia simple sin infracción de reglamentos y resultado de daños personales que, de mediar dolo, constituiría delito (arts. 586 bis y 600). De este modo, quedan despenalizadas: la imprudencia simple sin infracción de reglamentos y resultado de daños materiales cualquiera que fuese su cuantía; y la imprudencia, del tipo que sea -incluso temeraria-, con resultado de daños materiales cuyo importe no sobrepase el límite del seguro obligatorio, o de daños personales constitutivos de falta. La reparación de los daños así causados queda bajo el ámbito del art. 1902 Cc.

Se ha puesto de relieve (16) que con estas modificaciones, el legislador, por un lado, ha tratado de evitar que imprudencia penal y culpa extracontractual se solapen; y, por otro, ha visto como innecesario el recurso al Derecho penal en los supuestos en que la reparación del daño, por hallarse cubierto por el seguro obligatorio, puede obtenerse en la vía civil.

En definitiva, de resultas de la referida reforma del Cp, un importante grupo de daños imprudentes antes punibles en la órbita penal, han pasado al ámbito propio del art. 1902 Cc.

Pero, con independencia de la distinción o no entre culpa civil y culpa penal, lo que importa concretar es cuál es la verdadera fuente de la obligación de responder. Tanto los arts. 1902 y ss. Cc como los 19 y ss. Cp, regulan la responsabilidad civil que surge a consecuencia de la causación de un daño y persiguen una

---

15 En cuanto a las dudas que suscita la interpretación del límite del Seguro obligatorio, vid. GONZALEZ-CUELLAR GARCIA, A.: "Los daños a...", cit., pgs. 239 y 240.

16 Vid. MARTINEZ PEREZ, C.: "La despenalización de las faltas y las reformas relativas al Libro III", RPJ, N° especial XII, cit., pgs. 341 y 342.

finalidad ante todo reparadora y en absoluto punitiva (17) (por ello es asegurable y transmisible *mortis causa* [art. 105 Cp], puede renunciarse a la acción para su exigencia [arts. 106 y 108 LECr] y transigirse sobre la misma [art. 1813 Cc]). El daño ocasionado y que hay que reparar es lo que importa a los efectos de la responsabilidad civil, que deriva en todo caso de aquél, no de un delito o una falta, aunque el hecho esté tipificado como tal: la tipificación penal o no del hecho dañoso es indiferente a los efectos de la responsabilidad civil y sólo relevante a los de la responsabilidad penal (18); prueba de ello es que el hecho de que el delito no sea declarado por la jurisdicción competente no impide la exigencia de eventuales responsabilidades civiles por las consecuencias lesivas del acto: así se desprende claramente, v.gr., del art. 20.1ª Cp respecto de los hechos penalmente tipificados de los menores de 16 años; del establecimiento de un plazo de prescripción para la acción de responsabilidad civil que no coincide con el de la acción penal (art. 117 Cp); de la sujeción a responsabilidad civil en los casos de exención de la penal previstos en el art. 564 Cp; o de la posibilidad de ejercicio de la acción civil por separado y después de la resolución acerca de los aspectos penales (arts. 111 y 112 LECr), sin que, como regla, la extinción de la acción penal lleve consigo la de la civil (art. 116 LECr). De pretender que la calificación del acto lesivo como

17 Vid. JIMENEZ ASENJO, E.: "La responsabilidad civil subsidiaria de las Entidades Públicas", RGLJ 1943, pgs. 50 y 51.

18 En esta línea, entre otros, vid. ALONSO PRIETO, L.: "Estudios de Derecho judicial de la circulación. Hacia un régimen unitario de la responsabilidad civil", Impreso en Flores, Gijón 1972, pgs. 41 y 48; PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS 13.7.1984, cit., pg. 1962; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho civil", T.II, vol. 1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1985 (obra conjunta con F. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRIA y F. RIVERO HERNANDEZ), pg. 490; DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela", ADC 1987, pg. 800; FONT SERRA, E.: "Reflexiones sobre la...", cit., pgs. 106 y 107; y YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1092...", cit., pgs. 2109 y ss., en particular 2110, 2111 y 2133.

delictivo proyecte sus efectos también en cuanto a la responsabilidad civil (v.gr., agravando ésta cuando traiga causa de un acto tipificado) se estaría operando del siguiente modo: en cuanto a la responsabilidad civil del autor del delito, se la estaría atribuyendo una función punitiva al lado de la reparadora, función aquella propia de las disposiciones penales y no de las normas de responsabilidad civil (ello, aparte de que, respecto de menores de 16 años ni siquiera puede hablarse en nuestro Derecho de la comisión de un delito o falta, sino, en todo caso, de la de un hecho tipificado como tal); y, por lo que se refiere a la responsabilidad de los padres por los actos de los hijos, debe ir vinculada a la entidad de la propia culpa y de los daños de ella derivados, sin que se vea por qué razón debe hacerse depender del resultado de la calificación penal que merezca el hecho del agente (muchas veces, por lo que acabo de señalar, ni siquiera constitutivo de delito). De ahí que quepa concluir que Cp y Cc están regulando lo mismo, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por lo que no se encuentra justificación para que no lo hagan de idéntica manera.

## 2. LA INTERVENCION DE DOS ORDENES JURISDICCIONALES.

Deriva del art. 100 LECr, conforme al cual, de todo delito o falta nace una acción penal (para exigir la responsabilidad penal) y *puede* nacer también una acción civil (a los efectos de la responsabilidad civil y de la restitución de la cosa; en realidad, la acción civil no nace del delito o falta, sino del hecho dañoso que, a su vez, puede ser delictivo). Por tanto, las posibilidades que se le abren a la víctima de un delito son:

- a) Ejercitar conjuntamente ambas acciones en el proceso penal (lo que ocurre, p.ej., cuando no se reserva expresamente la civil para ejercitarla después en proceso de este orden) (arts. 111 y 112 LECr).

Por su parte, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar las acciones penales procedentes, haya o no acusador particular, siempre que se trate de un delito o falta perseguibles de oficio, no siendo posible en este caso tampoco la renuncia a la acción penal por el perjudicado (arts. 105 y 106 pfo. 1º LECr). Además, el Ministerio Fiscal ejercitará conjuntamente las acciones penal y civil, a no ser que el ofendido renuncie expresamente a la última (art. 108 LECr) (19).

- b) Ejercitar primero sólo la acción penal, reservándose expresamente la civil para su ejercicio en vía civil, una vez concluido el proceso penal (o renunciando a la acción

---

19 En S. de 18.10.1988, la Sala 1ª del TS declaró que *"para la efectividad de la responsabilidad civil originada por los hechos que constituyen el objeto de la causa penal... los perjudicados no tienen necesidad de mostrarse parte en la causa (art. 110) [se cita la LECr] para que (112) se entienda, aun en su ausencia del proceso, que se hallan ejercitadas las acciones civiles, encomendadas en ese supuesto al Ministerio Fiscal que ha de ejercitarlas (105 y 106) por vía de sustitución y en interés de aquéllos"*.

civil, de modo que ejercite únicamente la penal) (art. 112 y 106.2 LECr).

- c) Ejercitar sólo la acción civil ante la jurisdicción de este orden, si se trata de un delito o falta perseguible sólo a instancia de parte; en tal caso, se considera extinguida la acción penal (arts. 112 pfo. 2º y 106 LECr).

### 3. LA DETERMINACION DE LAS NORMAS A APLICAR POR EL JUEZ COMPETENTE PARA DECIDIR ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

#### A. Punto de partida: la delimitación entre los presupuestos de los arts. 1092 y 1093 Cc.

- El mismo criterio delimitativo que determina la aplicación de uno u otro Código no es claro. Cuando el art. 1092 Cc remite al Cp, establece como presupuesto el que la obligación civil nazca de delito o falta. Si ésto hubiera de ser interpretado estrictamente, habría preceptos penales inaplicables. Tal es el caso del art. 20 regla 1ª Cp, ya que, al ser los menores de 16 años penalmente inimputables (art. 8.2 Cp), falta en su comportamiento una de las notas que caracterizan al delito y a la falta, cual es la culpabilidad penal. Luego, en puridad, el hecho de un sujeto de esa edad podrá calificarse de "tipificado penalmente", pero no de delito o falta; así, a falta del presupuesto exigido por el art. 1092, estaríamos ante un caso a regular conforme al art. 1093 y, por tanto, según las disposiciones del Cc, no siendo aplicable nunca el art. 20.1ª Cp (20).

Evidentemente, ésto no era lo querido por el legislador. Por ello, el pfo. último del art. 20 -introducido por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Cp- prevé que, cuando la sentencia penal sea absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención recogidas en el propio artículo, el mismo Juez o Tribunal sentenciador se pronunciará sobre las cuestiones de responsabilidad civil *"de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen"* (en el mismo Cp, se entiende), siempre que se hubieran ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil (no entro por el momento en la imposibilidad práctica de aplicación de esta norma por cuanto se refiere a los actos penalmente

20 Vid. al respecto SOTO NIETO, J.: "El menor ante...", cit., pg. 225; y LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 175 y 176.

tipificados realizados por menores de 16 años, que son de la competencia de los TTM). Por consiguiente, es claro que no siempre es requisito de la aplicación de las normas del Cp atinentes a la responsabilidad civil, la previa sentencia penal condenatoria y declarativa de la comisión de un delito o falta (21).

Pero, ¿existen otros casos, aparte del que se acaba de señalar y de aquél -obvio- en que el juez penal dicta sentencia condenatoria y ésta gana firmeza, en los que el juez civil podrá entender que existe responsabilidad civil "que nazca de delito o falta" a los efectos del art. 1092 Cc?

1. El propio art. 20.1ª da una pauta: el hecho dañoso ha de estar tipificado, pues el precepto recoge una hipótesis en que la punibilidad de un hecho de tales características queda excluida por concurrir una causa de inculpabilidad, como la inimputabilidad penal (22). Hay que pensar, por consiguiente, en otros supuestos

21 Esto lo vió clarísimamente el TS (Sala 1ª) en su S. de 13.9.1984. Un demente había quitado la vida a una persona y, promovido en primer lugar el correspondiente proceso penal por los hermanos de la víctima, aquél fue absuelto por estar afectado de esquizofrenia, haciéndose reserva de las acciones civiles a los perjudicados. En la cit. S., el TS entendió que, tanto el Juzgado como la AT, habían calificado "... con acierto la acción ejercitada, no como derivada de culpa extracontractual, pese a que en la demanda inicial se invoquen los art. 1902 y 1903 Cc, sino que entraña el ejercicio de una acción de responsabilidad civil <ex delicto>, que ha de actuarse en la vía civil, siguiendo la normativa penal prevista en los arts. 20 y concordantes de dicho Código, al que hace expresa remisión el art. 1092 Cc". Esto es -y sin entrar por ahora en la configuración jurisprudencial de la acción de responsabilidad civil extracontractual y la de responsabilidad civil <ex delicto> como dos acciones distintas-, que la absolución penal por una causa de inculpabilidad, determinante de que el hecho penalmente tipificado no pueda calificarse de delito, no excluye la aplicabilidad, ex art. 1092 Cc, de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Cp.

22 LATOUR BROTONS, en principio, reduce precisamente a los dos supuestos a que hasta ahora me he referido aquéllos en que existe "responsabilidad civil derivada de delito": el de "declaración judicial de la existencia de un delito y de una persona responsable del mismo, o exenta de responsabilidad



en que, si bien el acto dañoso responde a un tipo penal, sin embargo no da lugar a responsabilidad penal por determinadas razones, entre las cuales se encuentran:

- a) El sobreseimiento libre por prescripción del delito o de la falta, amnistía o indulto (art. 675 en relación con el 666.3a y 4a LECr; las tres causas extinguen la responsabilidad penal, conforme al art. 112 Cp en sus nros. 6º, 3º y 4º respectivamente).
- b) La exención de responsabilidad penal que prevé el art. 564 Cp cuando el autor de los delitos contra la propiedad que enumera está unido a la víctima por determinados lazos de próximo parentesco.

En cualquiera de estos casos hay que admitir que se llevó a cabo un acto tipificado penalmente y no amparado por ninguna causa de justificación (23). Por ello parece lógico considerarlos incluidos

---

*criminal por la concurrencia de una causa de inimputabilidad"* (vid. "Responsabilidad civil...", cit., pgs. [126] y 127); sin embargo, poco después (vid. pg. 146), incorpora también el del art. 564 Cp, al que aludo más adelante.

- 23 Vid. al respecto, GOMEZ ORBANEJA: "La acción civil...", cit., pgs. 188 y 189.

En cuanto al indulto, el problema se plantea en la práctica cuando se aplica a sujetos meramente procesados, antes de dictarse su condena penal y, por tanto, sin que sus hechos hayan sido declarados delito o falta por el juez competente (como ocurrió en el caso resuelto finalmente por la STS -Sala 1a- de 12.5.1981; vid. la crítica al respecto de S. DIAZ ALABART, en "La responsabilidad por...", cit., pg. 871). La posibilidad de aplicar el indulto en supuestos en que la causa aún está en curso y antes del juicio oral se consagró, p. ej., en el art. 8.1 del Decreto de Indulto de 14.3.1977 (R. 576), bastando para aquella aplicación el previo dictamen del Ministerio Fiscal, que ha de establecer sucintamente *"el hecho, la calificación jurídica y la pena procedente, cuando ésta resulte totalmente indultada"*.

No obstante, la Sala 1a del TS, en S. de 21.6.1985, ha señalado: *"...si en el caso de la litis se incoó causa penal... en la que el Ministerio Fiscal y la acusación particular, en el trámite procesal oportuno, calificaron los hechos como constitutivos del repetido delito de imprudencia temeraria... y*

en el ámbito de aplicación del art. 1092 Cc, aun cuando en estos casos el juez penal no pronuncie una sentencia condenatoria (24) por no poder declarar la comisión de un delito o falta punibles (25).

2. Frente al grupo de supuestos al que acabo de referirme, hay otro en el que es clara la ausencia del presupuesto del art. 1092 Cc, pues ni siquiera consta la comisión por determinada persona de un acto penalmente tipificado. Entre ellos se encuentran las dos primeras hipótesis que dan lugar a sobreseimiento libre conforme al art. 637 LECr: la falta de indicios racionales acerca de la perpetración del hecho (1º) y que el hecho no constituya delito (2º). También hay que incluir aquí los casos de sobreseimiento provisional del art. 641 LECr, que dan lugar a la suspensión del proceso penal por insuficiencia de las pruebas relativas a la perpetración del delito (1º) o a la acusación de determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (2º).

3. Finalmente, restan otros dos supuestos de suspensión del proceso penal: el de demencia sobrevenida del procesado (art. 383 LECr) y el de declaración en rebeldía del mismo (arts. 839 a. 841 LECr). En ambos, se procederá a la suspensión una vez que haya sido instruido el sumario. Por ello, no resulta del todo claro en qué grupo de los dos a que me he referido debería incluirse la responsabilidad civil que eventualmente puede haber en estos

---

*solicitaron la pena... y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, aplicándosele posteriormente al referido procesado... el Decreto de Indulto de 14.3.1977, con sobreseimiento de la causa, y reserva de acciones civiles a los perjudicados, es manifiesto, por una parte, que con ello se estaba reconociendo la existencia de un ilícito penal cometido por el indultado..."*

24 Esta podría ser la línea de A. BORRELL MACIA cuando señala que sólo cuando la acción penal se extinga por una circunstancia que no implique presunción de culpabilidad penal del procesado, son aplicables las disposiciones del Cc (vid. "Responsabilidades derivadas de...", cit., pg. 153).

25 Vid., sin embargo, la pgs. 88 y 89 de este Capítulo, donde expongo la posición de la Sala de lo civil del TS en esta materia.

supuestos (para cuya exigencia la víctima tiene abierta la vía civil: art. 843 LECr). Frente a su inclusión en el primero (responsabilidad civil sometida al Cp) cabría objetar que en un momento tan temprano del proceso, no se ha llegado a conclusión alguna acerca de si el procesado ha realizado un acto tipificado por el Cp -en cierto modo, como ocurre en los casos de sobreseimiento provisional-. Pero también se podría oponer a su integración en el segundo grupo (fuera del ámbito del art. 1092 Cc) que en los supuestos de suspensión por rebeldía o demencia sobrevenida del procesado no tienen por qué faltar -como en el de sobreseimiento provisional- datos para decidir acerca de la existencia o no de un delito y sobre los cuales bien podría llegar a decidir (a los solos efectos de la responsabilidad civil y valiéndose, p.ej., de las diligencias para mejor proveer de los arts. 340 y ss. LEC) el juez civil. Exactamente las mismas consideraciones podrían traspasarse al supuesto en que el proceso penal se cierra (no queda suspendido) por extinción de la acción penal debida a la muerte del presunto culpable (art. 112.1º Cp), extinción que no lleva consigo la de la civil, que podrá ejercitarse por la vía civil que proceda (arts. 115 y 116 LECr): al terminar el proceso antes de llegar a completar la evaluación del comportamiento del presunto culpable, falta una declaración sobre la responsabilidad criminal, pero no los datos para que el juez civil pudiera llegar a una conclusión al respecto (a efectos civiles) (26).

---

26 A favor de la admisibilidad de esta vía, que posibilita la aplicación de normas del Cp por el juez civil, vid. PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentarios a las SSTs de 28.1.1983 (CCJC 1983, nº1, 10, pgs. 112 a 114), 13.7.1984 (cit., pgs. 1958 a 1960) y 6.5.1985 (CCJC 1985, nº8, 211, pgs. 2621 y 2622). Otros autores entienden, en cambio, que en los casos de demencia sobrevenida, rebeldía y muerte del presunto responsable, el juez civil ha de aplicar sólo las normas del Cc porque no hay responsabilidad civil "derivada de delito"; en este sentido, vid. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 36, y ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 50.

- Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que la delimitación entre las esferas respectivas de los arts. 1092 y 1093 Cc no es tan sencilla como a primera vista parece deducirse de su tenor literal; que una estricta sujeción al mismo conduciría a resultados, cuando menos, paradójicos; y que, como primer paso para evitarlos, habría que interpretar el art. 1092 como si dijera "*obligaciones civiles que nazcan de hecho tipificado como delito o falta*". Pero, sobre todo, hay que subrayar el absurdo a que conduce esta dúplice regulación de la misma responsabilidad civil extracontractual y los múltiples problemas que suscita en la práctica. A ellos paso a referirme.

B. Las diferentes posibilidades de ejercicio de las acciones penales y civiles cuando el daño deriva de un hecho penalmente tipificado. Referencia particular a la jurisprudencia.

a) Ejercicio conjunto de las acciones penal y civil.

- En esta hipótesis, el juez penal se pronunciará sobre las consecuencias civiles del delito o falta (art. 142.5 pfo.2º LECr), por lo menos cuando anteriormente haya dictado una sentencia condenatoria en lo penal (27).

- Que la decisión penal sea absolutoria no excluye la posibilidad de que medie culpa a los efectos de la responsabilidad civil extracontractual regulada en los arts. 1902 y ss. Cc, a no ser que la sentencia penal firme hubiese declarado que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer (pfo. 1º del art. 116 LECr), surtiendo efecto de cosa juzgada para el orden civil (28); ello es así, tanto si las acciones penal y civil se ejercitaron

27 Por ello observa E. GOMEZ DE ORBANEJA que *"negado el derecho de penar, queda excluida... la competencia del Juez del delito para conocer de los efectos civiles del daño"* (vid. "La acción civil...", cit., pg. 187); en idéntica línea, vid. FONT SERRA, E.: "Reflexiones sobre la...", cit., pgs. 949 y 950. Algunos autores admiten que también en otros supuestos en que falta la sentencia condenatoria, el juez penal puede decidir sobre los efectos civiles; así, v.gr., E. RUIZ VADILLO entiende que el juez penal puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil aun cuando haya dictado una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pg. 19). Otros autores, como SOTO NIETO (vid. "El menor ante...", cit., pg. 224) y ANGEL YAGÜEZ, ("La responsabilidad civil", cit., pg. 56), consideran que tal extensión de competencia del juez penal sólo es posible cuando la absolución del delito se deba a una de las causas de inimputabilidad o de falta de antijuridicidad que plasma el art. 20 Cp, hipótesis a la que me refiero en el texto.

28 En este sentido vid., entre muchas, las SSTs (Sala 1ª) de 21.10.1910, 5.12.1927, 22.11.1940, 8.2.1957, 2.11.1987 y 9.6 y 20.10.1989; vid. también las SSAT de Barcelona, de 18.6.1985 (Sala 2ª) y de 22.10.1986 (Sala 1ª), la de la AT de Palma de Mallorca (Sala de lo Civil) de 6.2.1988, y la SAP de Bilbao de 28.1.1987.

conjuntamente, como si se hizo reserva de la civil para hacer uso de ella después de terminado el juicio penal, como permite el art. 112 LECr. En el supuesto de ejercicio conjunto, dictada la sentencia penal absolutoria, la regla -a salvo de lo dispuesto por el últ. pfo. del art. 20 Cp, al que vuelvo más adelante- es que pasa a juzgar de la acción de responsabilidad civil extracontractual el tribunal civil, conforme al pfo. 2º del art. 116 LECr (29); de ahí que, no dándose la circunstancia mencionada del pfo. 1º del art. 116 LECr, la Sala 1ª del TS reitere la libertad del tribunal civil que pasa a entender de las eventuales responsabilidades civiles exigibles conforme a los arts. 1902 y ss. Cc, a la hora de apreciar el conjunto de las pruebas en el orden civil (30) y, puesto que los mismos hechos pueden ser objeto de valoraciones jurídicas distintas, ya que lo que se pide por una y otra vía (penal y civil) tampoco es lo mismo, la sentencia penal no surte en estos casos efecto de cosa juzgada para el tribunal civil (31).

- La posibilidad de pronunciamiento del juez penal sobre la responsabilidad civil se justifica por razones de economía procesal. Cuando, siendo la sentencia penal condenatoria, el juez de ese orden se pronuncia en ella también sobre las cuestiones de

29 Vid., v.gr., la STS (Sala 1ª) de 25.5.1916.

30 De ahí que se declare que las sentencias penales no pueden ser consideradas como documentos auténticos a los efectos de la casación civil (SSTS de 26.3 y 15.12.1943) y que dichas sentencias o resoluciones, diligencias y testimonios procedentes de la jurisdicción penal no prejuzgan *"la estimación probatoria que en lo civil compete al juez, guiada por matizaciones distintas y por una propia apreciación de las pruebas practicadas en el juicio civil, incluidos los documentos del orden penal traídos al amparo del art. 596 LEC, que pueden ser valorados de modo distinto a lo hecho en la jurisdicción penal"* (STS 17.5.1988 -con cita de otras anteriores-; en la misma línea, vid. también las de 21.6.1943, 5.2.1957, 20.1.1970, 2.11 y 1.12.1987, 28.4 y 30.6.1988, y 8.2 y 9.6.1989, así como las SSAAPP (Civil) de Barcelona 20.2 y 2.12.1989 y de Madrid 5.4.1989.

31 Vid., en esta línea, entre otras muchas, las SSTS (Sala 1ª) de 2.1.1932, 13.11.1934, 22.11.1940, 4.2.1943, 24.2.1986, 17.5.1988 y 9.10.1989.

responsabilidad civil, la sentencia surte efecto de cosa juzgada material para el orden civil, de modo que no se podrá acudir posteriormente a esta vía para exigir aquellas mismas responsabilidades (32). Así lo ha subrayado reiteradamente la Sala 1ª del TS, cuando considera este supuesto (el de fallo penal condenatorio habiéndose ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil) como una de las excepciones a la regla de que las sentencias penales no surten efecto de cosa juzgada en la esfera civil (33) -en las líneas precedentes ya se ha aludido a otra: la del pfo. 1º del art. 116 LECr-; por ello, cuando en ese supuesto excepcional, en el que el fallo penal sí reviste tal eficacia, se acude posteriormente al tribunal civil ejercitando la acción de responsabilidad civil aquiliana, viene declarando que *"no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción y orden"* (34). No obstante, el TS ha entendido (35) que lo dicho no impide que una sentencia civil posterior complemente a la penal cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos o, como señala en S. de 20.4.1988, *"cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia"*; esta S., al igual que las de 27.1.1981, 13.5.1985 y

32 Vid. QUINTANO RIPOLLES, A.: "Diferenciación entre la...", cit., pg. 1052.

33 Así, entre otras muchas, las SS. de 22.11.1940, 15.12.1943 y 8.9.1987.

34 Así se declara, v.gr., en las SSTs (Sala 1ª) de 17.3.1924, 13.11.1934, 9.2.1961, 25.3.1967, 2.1. 1978 y 17.12.1985; en la misma línea, las SS. de 10.11.1982, 2.11.1987 y 18.10.1988 subrayan que, no habiendo reserva o renuncia expresa de las acciones civiles, el fallo penal condenatorio surte un *"efecto consuntivo"* de todas las acciones civiles *<ex delicto>*. Vid. también, en idéntico sentido, las SSAAPP de Zaragoza 23.11.1972, Burgos 23.9. 1974, Segovia 30.11.1974, Zamora 31.1.1976, Sevilla 1.4.1976 y Madrid 10.6.1976 (citadas todas ellas por J.A. CABALLERO GEA, en "Las responsabilidades...", cit., pgs. 146 y 147); también, la SAT Barcelona de 20.3.1985.

35 Vid. SS. 25.3.1976, 11.12.1979, 27.1.1981 y 13.5.1985, todas ellas citadas por la de 20.4.1988.

9.2.1988, están pensando directamente en la hipótesis de producción de resultados lesivos de la conducta delictiva sobrevenidos con posterioridad al proceso penal y no previsibles en el momento en que se dictó la sentencia en el mismo (36).

Centrándonos ya en el objeto de este estudio, hay que ver las implicaciones que en el mismo proyectan las observaciones que acaban de hacerse.

- Delito o falta cometidos por menor penalmente imputable.

El Cp sólo dispone la responsabilidad civil del menor mismo (art. 19), mientras que, conforme al art. 1903 Cc, los padres también responden por los hijos mayores de 16 años, si están bajo su guarda (recurso éste que mejora considerablemente la condición de la víctima, habida cuenta de que el menor es generalmente insolvente) (37). La cuestión es si, habiéndose ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil, el juez penal puede aplicar el art. 1903 Cc cuando el responsable criminal es un menor mayor de 16 años, para exigir responsabilidad a los padres (38).

---

36 La S. de 8.2.1988 subraya que, en estos supuestos, *"si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se produciría un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución española... pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas"*.

37 A propósito de las posibles interpretaciones del silencio que guarda el Cp respecto de la responsabilidad civil paterna por actos delictivos de menores penalmente imputables, vid. ALONSO PRIETO, L.: "Estudios de Derecho...", cit., pgs. 23 y ss.

38 En contra de tal posibilidad, vid. CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pgs. 95 y 96; el autor entiende que en la vía penal no se puede dirigir la acción contra los padres en base al art. 1903 Cc (caso distinto a aquél en que se acude a la jurisdicción civil: vid. *infra*, nota 37 de pg. 103 de este Capítulo).

A favor de la aplicación del art. 1903 Cc en estos casos, como Derecho supletorio, vid. ALBALADEJO, M.: "Derecho civil", II, 2, Barcelona 1972, pgs. 351 y 352.



Del análisis de las decisiones judiciales resulta que, habiéndose condenado penalmente al menor de edad mayor de 16 años, y si se han ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil, se declara también al propio menor obligado a satisfacer la indemnización del daño en base al art. 19 Cp. Pero, por lo que afecta a los padres, cuando éstos son también demandados a los efectos civiles en el proceso penal, lo normal es que el juez penal les exima de responsabilidad -a salvo de lo que se dirá después acerca del art. 22 Cp-, teniendo en cuenta dos datos: por un lado, la inaplicabilidad del art. 1903 Cc cuando -según la jurisprudencia- el hecho dañoso del hijo reviste carácter delictivo, lo que determina que sólo se pueda estar a las normas del Cp, en virtud del art. 1092 Cc (39); y, por otro lado, la mayor edad penal del hijo y, por consiguiente, la inaplicabilidad del art. 20.1ª pfo. 1 Cp (40). Cuando, ante la insolvencia del menor condenado penal y civilmente, el perjudicado acude tras el juicio penal a la vía civil pretendiendo obtener la indemnización de los padres, los

---

39 Vid., v.gr., la SAP de Huesca -Penal- de 5.11.1977, conforme a la cual, el referido precepto *"es de imposible aplicación cuando la responsabilidad civil es secunde a una infracción penal"*.

En algunas SS., es otra razón la que explica el que no pueda acudir al art. 1903 Cc: la idea de que el Juez penal ha de estar a las normas contenidas en el Cp, de modo que -para esta opinión- el 1903 Cc sólo se puede hacer valer en la vía civil, pero entonces también en supuestos de comisión de un delito o falta por el hijo penalmente imputable: vid. SSAAPP -Penal- de Alicante 5.9.1969, Murcia 14.4.1970 y Gerona 4.10.1970; de este planteamiento parten algunas SS. civiles: vid. nota 42 de pg. 82 de este Cap.

40 Así se deduce de la exposición de hechos de SS. de la Sala 1ª del TS, como la de 10.11.1982; en la de 12.6.1970 se declara que el juez penal absolvió al padre del delincuente *"como responsable civil subsidiario"* por no bastar la relación paterno-filial a los efectos de esta responsabilidad (y es que, como se verá en seguida, los tribunales penales han acudido al art. 22 Cp para imponer al padre la obligación de responder, a falta de un precepto como el art. 1903 Cc en el Cp).

Vid., asimismo, la STS (Sala 2ª) de 6.11.1986 y las de las AAPP (también Salas de lo penal) de Cáceres, 20.2.1969, y de Murcia, 14.4.1970.

tribunales de este orden lo desestiman por entender -como acabo de señalar líneas atrás- que, habiéndose ejercitado conjuntamente las acciones penal y civil ante el juez penal con resultado de condena del menor (también a los efectos civiles) y absolución de los padres a tales efectos, la acción civil ha quedado consumida y la sentencia penal surte efectos de cosa juzgada en la esfera civil. A lo cual se añade que la acción civil ejercitada en estos supuestos en que hay sentencia penal condenatoria es la regulada en los arts. 19 a 22, 101 a 108 y 117 Cp (41), con las siguientes consecuencias: que el padre no puede responder en estos casos en base al art. 20 Cp, dada la mayor edad penal del delincuente, ni tampoco con fundamento en el art. 1903 Cc, porque éste es aplicable sólo a la responsabilidad civil "derivada de acto ilícito no penado por la ley", caso que no se da -siempre según esta jurisprudencia- cuando se trata, como aquí, de una responsabilidad civil directa o subsidiaria "nacida de un delito" (42).

En otros supuestos ha ocurrido que en el proceso penal sólo se demandó al menor de edad y no a sus padres (43), subrayando

- 
- 41 Acerca de la incongruencia interna de este razonamiento, vid. *infra*, pg 120 de este Cap.
- 42 Como excepción a esta línea absolutamente dominante, vid. la SAT Valencia (Sala 1ª) de 21.11.1977, que entiende posible la aplicación analógica del art. 1903 Cc cuando se trata de obligación "derivada de ilícito penal" realizado por el hijo menor de edad pero mayor de 16 años, "a fin de solucionar la evidente laguna legal". También en esta línea, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 9.10.1974 admitió en vía civil una reclamación basada en el art. 1903 contra el padre de un menor previamente condenado penal y civilmente en sentencia penal; al propio tiempo, la AP justifica el hecho de que el juez penal se abstuviera de resolver sobre la responsabilidad del padre, en base a que es un supuesto que "no se halla previsto en la legislación penal". Vid. también la SAP de Alicante (Sala de lo Civil) de 1.12.1986, y la de la AT (Sala 1ª) Barcelona de 22.10.1986, dictada en un supuesto en que en el previo proceso penal no se había demandado a los padres (sobre ello vuelvo en las líneas que siguen).
- 43 Como sucedió, v.gr., en el caso de la STS (Sala 1ª) de 9.2.1961 (comentada por DIEZ-PICAZO en EJC, T.I, cit., pg. 310); y también en la de la misma Sala de 10.11.1982, respecto

entonces la Sala 2ª del TS que la responsabilidad civil *"precisa de una petición expresa por no poderse vincular a nadie a favor de quien nada ha pedido"* (44). Dándose el mismo caso de insolvencia del condenado penal y civilmente en dicho proceso, la Sala 1ª del TS argumenta en forma análoga a la del supuesto del párrafo anterior para desestimar la pretensión de obtener la reparación de los padres, añadiendo además que no se puede hacer valer en el procedimiento civil *"una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno"* y de la que no se hizo reserva (45).

---

del padre de un menor mayor de 16 años, joven que había sido declarado en la sentencia penal responsable civil subsidiario como propietario del vehículo que había dejado conducir a otro menor, también mayor de 16 años y causante directo del daño.

- 44 Así lo señaló en S. de 16.11.1967, en relación con la pretensión de la víctima de obtener indemnización del Estado como responsable civil subsidiario, siendo su doctrina aplicable a todos estos supuestos: *"el principio de rogación que el art. 615 LECr establece para la responsabilidad civil de terceras personas por razón de delito, no puede estimarse cumplido sin una postulación expresa al órgano jurisdiccional por quien se crea con derecho a ella, ni puede por tanto considerarse implícita esa petición en la que se formula al procesado o responsable directo de la infracción, porque aunque una y otra nazcan del mismo hecho -el delito- el tercero es ajeno a su comisión, y sólo responde civilmente, y siempre con carácter subsidiario, en los casos determinados en la ley"*; así, y puesto que *"tanto el Ministerio Fiscal como la acusación privada no formularon petición de responsabilidad civil para el Estado en los escritos de calificación ni en el acto del juicio oral, la condena que se hizo a éste como responsable civil subsidiario del delito que fue objeto del proceso penal, infringió el art. 19 del Código"*. En idéntico sentido se pronunció la misma Sala en S. de 26.9.1969, si bien haciendo reserva de las acciones civiles procedentes a la parte querellante para *"en dicha vía y por las normas procesales que las rigen, reclamar... la condena como responsable civil subsidiario del padre del condenado en esta causa"* (a la sazón, un menor de 17 años de edad que, tras haber sido declarado autor de un delito contra la seguridad del tráfico y de un delito de imprudencia temeraria, se benefició de un indulto); el perjudicado hizo uso de la reserva de las acciones civiles, y la AT (Sala 1ª) de Barcelona, en S. de 22.10.1986, condenó efectivamente al padre a pagar el resto de la suma que no había sido satisfecha por el menor, parcialmente insolvente.

- 45 Así lo declara la citada STS de 9.2.1961. Lo que ocurre es que, por lo visto en el texto en las líneas precedentes, de

haberse ejercitado la acción civil contra los padres en lo que la S. estima el "momento oportuno", esto es, junto con las acciones penales y civiles dirigidas contra el menor cuando no se hizo expresa reserva de las civiles, la solución no hubiese sido distinta para la víctima.

La referida STS de 9.2.1961 sigue así la línea marcada por otras SS. del Alto Tribunal, como las de 17.3.1924 y 15.6.1929, en cuanto a la necesidad de reservar expresamente la acción civil que se pretende ejercitar posteriormente en vía civil; en estas dos SS., el TS entendió que el perjudicado no podía ejercitar la acción civil contra el responsable subsidiario después que en el proceso penal ni el acusador ni el Ministerio Fiscal (a ciencia y paciencia del perjudicado) la utilizaran, ni tampoco el acusador se la reservó contra el subsidiariamente responsable. Caso éste que puede darse pese a lo dispuesto en el art. 109 LECr, si resulta que, efectivamente, no se le instruye al perjudicado o a sus representantes, en el acto de recibirse su declaración, de los derechos que la ley le concede; o, incluso, aunque sí se haya hecho (para un supuesto de esta tipo, vid. la SAP de Orense -Sala de lo Civil- de 6.3.1969).

En contra de la necesidad de reserva de la acción de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1903 Cc, se expresó, sin embargo, la AP de Alicante (Sala de lo Civil) en S. de 1.12.1986. Partiendo de que esta acción es distinta de la regulada en el Cp y de que este Código no regula la responsabilidad civil paterna por los actos delictivos de los hijos penalmente imputables, la Audiencia entendió que sólo podía *"estimarse ejercitada la acción civil, nacida de un delito o falta, contra el acusado a tenor de... el art. 19 Cp, por tanto, no es necesaria la reserva de acciones, art. 112 LECr, del perjudicado para reclamar daños y perjuicios contra el padre del menor en el juicio civil..."*; planteamiento que conducía al tribunal a la lógica consecuencia de desestimar la excepción de cosa juzgada opuesta por el padre demandado, ya que *"... ni existe identidad de la causa <petendi>, ni puede darse la de tener las personas demandadas la misma calidad, ya que el hijo responde por de acciones por sí mismo y el padre en virtud de la culpa <in vigilando>..."*; por todo lo cual, acabó declarando la responsabilidad del padre al amparo del art. 1903 Cc.

Asimismo, la SAP Barcelona -Civil- de 2.12.1989 mantuvo tajantemente la innecesariedad de la reserva de las acciones civiles en el proceso penal *"por cuanto las expectativas jurídicas de orden civil persisten, sobreviven y están más allá del fallo absolutorio penal, y en consecuencia, mal tiene que reservarse lo que per se presenta entidad, rigor y etiología propia"* (el subrayado es mío).

Esta línea parece ya apuntarse en la SAP de Orense (Sala de lo Civil) de 6.3.1969. En el previo proceso penal se había ejercitado sólo la acción penal, sin reserva alguna de las civiles. Al pretenderse posteriormente en vía civil la

- En resumen, a la vista de esta jurisprudencia, resulta que cuando un menor de edad penalmente imputable comete un delito o una falta, ocasionando un daño, y en el correspondiente juicio penal se ejercitan conjuntamente las acciones penales y civiles que procedan (al ejercicio por separado me refiero más adelante), el perjudicado contará con escasas posibilidades de obtener una reparación -a no ser que medie algún seguro de responsabilidad

---

declaración de responsabilidad civil subsidiaria con apoyo en el art. 22 Cp, la Audiencia entendió que ésta *"quedó agotada con su propia inactividad, como la directa civil del denunciado"* en el procedimiento penal *"sin que sea posible reproducirla, con esa intrínseca naturaleza y carácter, en otra clase de procedimiento"*; ahora bien, la S. parte de que la acción ex art. 22 Cp es distinta de la ex art. 1903 Cc y subraya que la razón de desestimación de la demanda es que la acción ex art. 22 ya fue agotada, además de que, por apoyarse en un delito, sólo puede declararse en vía penal; pero, al propio tiempo, *obiter dicta* admite la posibilidad de que en la vía civil hubiera podido alcanzarse el objetivo pretendido, de haberse ejercitado la acción al amparo del art. 1903 Cc, y ello sin necesidad de expresa reserva. En definitiva, para estas SS., la reserva expresa de acciones civiles a que alude el art. 112 LECr, parece referirse sólo a la <derivada de delito>, no siendo precisa respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

También hay que tener en cuenta que la reserva de la acción civil que corresponde a la víctima de un menor penalmente imputable e insolvente contra los padres de éste, se ha hecho en ocasiones por la propia sentencia penal, en casos en que el perjudicado se dirigió inicialmente en la vía penal sólo contra el delincuente: tal fue el supuesto -al que ya aludí en la nota precedente- resuelto por la SAT (Sala 1ª) de Barcelona de 22.10.1986, que admitió la reclamación del perjudicado en base al art. 1903 Cc, no obstante declarar poco más adelante que se trata de una *"acción derivada de delito"*; al propio tiempo, el tribunal desestimó la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado, por no haber sido éste parte en la causa penal.

Respecto de otro supuesto, en que el TS (Sala 1ª) admitió el ejercicio de la acción civil (no reservada previamente) a los hijos de la víctima mortal de un atropello, vid. la S. de 4.12.1928; en la oportuna causa penal se había condenado al conductor del vehículo como autor de delito, imponiéndole una indemnización en concepto de responsable civil, que no satisfizo por insolvente; los hijos de la víctima demandaron en pleito civil al dueño del auto como responsable civil subsidiario.

civil (46)-. Ahora bien, las consecuencias negativas que conlleva para las víctimas esta posición jurisprudencial (de separación radical de las normas de los Códigos penal y civil), reacia a aplicar el art. 1903 Cc para imponer responsabilidad civil a los padres en estos supuestos, ha intentado paliarse por vía de otro precepto del Cp, el art. 22: así, la jurisprudencia penal ha acudido en muchos casos a una interpretación laxa y extensiva de dicho artículo, para hacer responsable -aunque sea subsidiariamente- a los padres de menores penalmente imputables que ocasionaron daños a consecuencia de una actuación delictiva realizada con motivo de la utilización de un vehículo de motor propiedad del padre (47).

Sin embargo -y dicho sea ésto como avance de lo que se expone más tarde-, el art. 22 Cp no parece susceptible de una extensión tan grande como la de que en ocasiones ha sido objeto con la finalidad de garantizar la indemnización del daño; además, conforme a él resulta una responsabilidad de unos caracteres (subsidiariedad y objetividad) totalmente distintos a los de la responsabilidad paterna prevista en el Cc (48) o en el propio Cp en relación con los hijos penalmente inimputables; y, por último, habrá que analizar si el art. 1903 Cc no ofrece una vía mucho más adecuada para solucionar el problema aquí suscitado.

- Para terminar con esta referencia a la práctica judicial, se han dado casos en que el menor penalmente imputable acusado de un delito o falta fue indultado, pasando a conocer de la reclamación

46 Como ocurría, p.ej., en el caso resuelto por la STS (Sala 1ª) de 12.6.1970, en el que el menor atropelló a dos personas cuando conducía un camión propiedad de su padre, cubierto por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

47 Vid. *infra*, pgs. 240 ss. del Aptdo. I.2 del Cap. V.

48 Lo cual, hay que reconocerlo, por sí solo no supondría un grave inconveniente, pues exactamente éso es lo que ocurre en cuanto a la responsabilidad del empresario. Pero lo cierto es que no responde al objetivo -que aquí se persigue- de unificar el régimen de la responsabilidad civil con independencia del carácter delictivo o no del acto dañoso.

civil de indemnización la jurisdicción de este orden. Con independencia del momento en que se hubiese producido el indulto (49), la Sala 1ª del TS ha entendido que la acción civil subsistente, *"al quedar desvirtuado el aspecto penal de la infracción, ha de regirse por las normas civiles contenidas en el Código civil"* (S. 5.4.1983), de donde se ha seguido la condena de los padres con base en el art. 1903 Cc (50).

Las SS. citadas se inscriben así en aquella línea jurisprudencial que entiende que sólo hay responsabilidad civil "derivada de delito" cuando hay sentencia penal condenatoria firme.

- Es éste el momento de abrir un paréntesis para exponer, aunque sólo sea brevemente, la posición de nuestros tribunales en esta materia, esto es, cuándo existe la denominada responsabilidad civil <ex delicto> y, por tanto, son de aplicación las normas del Cp por la remisión del art. 1092 Cc (51). El tema no se plantea sólo respecto de casos de indulto, sino también de aquellos otros en que el proceso penal no concluye con sentencia condenatoria, aun cuando el procesado puede haber cometido un delito o falta sin mediar causa de justificación; como ya tuve ocasión de señalar (52), ello puede ocurrir, p.ej., por razón de prescripción del delito o la falta, amnistía, rebeldía del procesado, etc.

49 V.gr., en el supuesto de la STS (Sala 1ª) de 22.4.1983, el indulto del menor se aplicó ya celebrado el juicio oral, mientras que en el de la STS (Sala 1ª) de 4.5.1983, se produjo cuando el delito acusado aún no se había declarado ni condenado; o en el de la STS (Sala 1ª) de 8.4.1980, tras la tramitación de las diligencias preparatorias.

50 Así, vid., además de la S. citada *supra* en el texto, las de 12.5.1981 y 22.4.1983.

Una vez más, en la jurisprudencia de instancia se encuentra alguna decisión divergente: vid. la SAT (Sala 1ª) Barcelona de 22.10.1986, que estimó ejercitada en el proceso civil, contra el padre de un menor previamente condenado e indultado en vía penal, la "acción derivada de delito".

51 La cuestión ha sido analizada a fondo por A.F. PANTALEON, a cuyos estudios me remito: Comentarios a las SSTS de 28.1.1983, cit., pgs. 112 a 114; de 13.7.1984, cit., pgs. 1958 a 1960; y de 6.5.1985, cit., pgs. 2621 y 2622.

52 Vid. *supra*, pgs. 73 ss. de este Capítulo.

A la vista de la jurisprudencia civil sobre esta materia, se distinguen básicamente dos líneas interpretativas distintas:

- a) Para una de ellas (53), sólo existe la llamada responsabilidad civil <ex delicto> cuando hay una sentencia condenatoria firme del juez penal que declaró el delito o la falta. De ahí que no surja -debiendo el juez civil que pase a conocer del asunto aplicar sólo las normas del Cc, por imperativo del art. 1093 Cc-, en los supuestos de indulto (SSTS de 12.5.1981 y 4.5.1983; SSAT Barcelona de 27.2.1982 y 27.10.1983), amnistía (STS 24.2. 1928), muerte (STS 23.2.1966), rebeldía (SAT La Coruña 26.3.1969), demencia sobrevenida del procesado o prescripción del delito o falta.
- b) Para la otra línea, puede haber responsabilidad civil <ex delicto> (siendo de aplicación las normas del Cp), también en supuestos distintos del de sentencia penal firme condenatoria, siempre que el juez civil que pase a conocer del asunto llegue a la conclusión (a los meros efectos de la responsabilidad civil) de que el acto dañoso es uno de los tipificados penalmente (SAP Valencia 17.10.1985) o, como parece apuntar la STS de 6.5. 1985, cuando de las actuaciones penales previas quepa deducir una declaración implícita del juez penal acerca del carácter delictivo del acto. Lo cual es posible en los mismos casos que para la tesis anterior conllevan siempre la inexistencia de responsabilidad civil <ex delicto>; en este sentido se ha pronunciado recientemente el TS, en S. de 3.3.1988, afirmando la subsistencia de la acción civil <ex delicto> en un supuesto de indulto anticipado -esto es, antes de llegar

---

53 En las citas de sentencias que hago a continuación en el texto, me he limitado a recoger sólo algunas decisiones que no aparecen en los estudios de PANTALEON citados *supra* en la nota 54 (con excepción de la STS de 6.5.1985), a fin de no repetir las que, de modo ciertamente exhaustivo ya se encuentran allí.



al trámite de sentencia-; también, la SAT Barcelona de 22.10.1986, para un caso de indulto aplicado ya después de la condena penal del delincuente; e, igual, para casos de fallecimiento del presunto culpable, la SAT Valencia (Civil) de 1.3.1989 y la SAP Barcelona (Sala de lo Civil) de 6.3.1989.

Ante tal variedad de criterios, resulta difícil prever la solución del tribunal en el caso concreto. Las consecuencias que en la práctica se han derivado de una y otra tesis son muy distintas. La primera gran diferencia, de carácter general, es la relativa al plazo de prescripción de la acción para exigir la indemnización. Ello se debe a la doctrina dominante en la Sala 1ª del TS, que establece que el plazo de prescripción de la acción de la llamada responsabilidad civil *<ex delicto>* es el de 15 años del art. 1964 Cc, al que entiende hecha la remisión del art. 117 Cp *"a las reglas del Derecho civil"*; en cambio, la acción de responsabilidad civil extracontractual de los arts. 1902 y ss Cc, se somete al plazo de un año que establece el art. 1968.2 del propio cuerpo legal (1). Se parte, por tanto, de que no se trata de una única acción de responsabilidad civil, sino de dos acciones de naturaleza distinta

1 Vid. PANTALEON, A.F.: Comentario a la STS 13.7.1984, cit., pg. 1957, con cita de SSTs.

Entre las SSTs (Sala 1ª) que recientemente han reiterado la vigencia del plazo prescriptivo de 15 años para la acción de responsabilidad civil *<ex delicto>*, vid. las de 15.11.1986, 9.2 y 3.3.1988. Y, respecto de la jurisprudencia de instancia, vid. en el mismo sentido las SSAAPP (Civil) de Huesca 31.10.1977, Valencia 17.10.1985 y Barcelona 6.3.1989; y las SSAATT Barcelona 10.10.1986 (Sala 2ª), 22.10.1986 (Sala 1ª) y 27.6.1988 (Sala 3ª), La Coruña (Sala 1ª) 30.3.1987, Oviedo (Sala de lo Civil) 25.6.1988 y Burgos (Sala de lo Civil) 20.7.1988.

Respecto de la posición de la Sala 2ª del TS, tendente a considerar que la acción civil correspondiente está viva mientras lo esté la acción penal, y las críticas oponibles a la misma, vid. ALONSO PRIETO, L.: "Acerca del régimen legal de prescripción de la acción civil de origen culposo extracontractual", RDC 1973, pgs. 332 y ss.; PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS de 27.5.1983, CCJC 1983, 59, pgs. 625 y 626; DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 886 a 888; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1092...", cit., pg. 2129.

(2). Sin embargo, resulta sumamente criticable que el establecimiento de unos plazos tan diferentes dependa de un dato tan ajeno a la esencia de la responsabilidad civil como el de la tipificación o no del hecho dañoso (3). Además, la primera tesis jurisprudencial (letra a) implica que el plazo prescriptivo puede sufrir un enorme recorte por una circunstancia completamente extraña al perjudicado, e incluso en casos en que la acción dañosa puede ser claramente delictiva, aunque no se llegue a condenar al procesado. Desde este punto de vista, la segunda tesis jurisprudencial (b) lleva a resultados más justos para el perjudicado.

Los diferentes efectos prácticos de cada una de las interpretaciones expuestas, se dan, no sólo en materia de prescripción, sino en cualquier otra en que se estime diferente el régimen de la responsabilidad civil según el carácter delictivo o no del acto dañoso. Lo cual tiene una particular proyección respecto de los daños ocasionados por menores de edad que ya han cumplido los 16 años, puesto que, como ya se ha visto, el TS estima inaplicable el art. 1903 Cc a la llamada responsabilidad civil "derivada de delito". De ahí que, desde esta perspectiva -a diferencia de la atinente al plazo de prescripción-, resulte más ventajosa para la víctima la primera línea jurisprudencial (a): si se entiende extinguida la responsabilidad civil <ex delicto> por indulto, muerte, rebeldía, etc. del menor, el juez civil competente ya no podrá aplicar las normas del Cp, sino que habrá de acudir

---

2 Vid., en este sentido, el comentario de A.F. PANTALEON a la STS 28.1.1983, cit., pg.111.

Sobre esta cuestión vid. pgs. 49 y ss. de este Cap.

3 Para una exposición de tales críticas, vid. los comentarios de A.F. PANTALEON a las SSTs de 7.7.1983, cit., pg. 830, y de 13.7.1984, cit., pgs. 1962 a 1964; y DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 888 y 889.

Vid. también DIEZ-PICAZO, L.: Comentario a la STS de 12.3.1934, en EJC, T.I, cit., pgs. 328 y 329.

al art. 1903 Cc, lo cual refuerza considerablemente las probabilidades del perjudicado de obtener una reparación (4).

- Realización de acto dañoso penalmente tipificado por menor de edad penal.

Como ya señalé, cuando la sentencia penal es absolutoria, en principio, el juez de este orden ya no es competente para conocer de los efectos civiles del hecho dañoso. Ahora bien, aunque conforme al pfo. 2º del art. 116 LECr, cuando se extinga la acción penal, la acción civil habrá de ejercitarse *"ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda"*, el últ. pfo. del art. 20 Cp, establece un supuesto en que el juez penal se pronunciará sobre la responsabilidad civil aunque dicte sentencia absolutoria y siempre que las acciones penal y civil se hubieran ejercitado conjuntamente: se trata de aquellos casos en que la absolución se base en alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal previstas en el art. 20 Cp.

Sin embargo, la virtualidad de esta norma a los efectos que aquí interesan, queda en entredicho en cuanto se analizan sus términos con algún detalle (5). Siendo el autor del hecho penalmente

4 Esto era precisamente lo que ocurría en las SSTs que citaba en la nota 50 de la pg. 87 de este Capítulo, en supuestos de indulto de menor penalmente imputable.

5 Vid. al respecto, desde una perspectiva global, RUIZ VADILLO, E.: Comentario al art. 20 Cp, en "Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del Código penal de 1983", T.V-vol.1º, EDESA, Madrid 1985, pgs. 358, 359, 388 y ss. En síntesis, subraya este autor que es muy difícil que en los supuestos previstos en los nros. 1, 2 y 3 del art. 20 se dicte la *sentencia absolutoria* de la que parte la norma de referencia, porque en la mayor parte de ellos el proceso termina por auto. En los Proyectos de Cp de 1980 y 1982, en cambio, la disposición se redactaba en términos que hubieran evitado este problema, pues se establecía que en todos los supuestos previstos en el art. 20, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria u *otra resolución que pusiere fin al proceso penal* por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las

tipificado menor de 16 años (y no siendo constitutiva de culpa penal la negligencia de los padres), pasarán a conocer del hecho los TTM -arts. 8.2º, pfo. 2 Cp, 9.1º de la Ley de TTM y 58 del Decreto de 2.7.1948, de Protección de Menores (6)-, en el caso de que el proceso penal ya hubiera comenzado en la jurisdicción ordinaria, procederá el sobreseimiento libre (art. 637.3º LECr), y el Juez se inhibirá a favor de la jurisdicción especial de los TT.TT.MM. (art. 789 nº 3 LECr) (7). Pero éstos no pueden pronunciarse -como regla general (8)- sobre los aspectos civiles del caso (art. 14 Ley TTM) (9), cuyo conocimiento es, por tanto,

---

reglas que en cada caso se establecen; asimismo se añadía un art. 22 bis, conforme al cual *"sí el Juez o Tribunal apreciase que no existe responsabilidad penal, pero sí civil directa o subsidiaria, al dictar sentencia absolutoria condenará al responsable civil en los términos que proceda"*.

- 6 La LOPJ prevé la sustitución de estos Tribunales por los llamados Juzgados de Menores (Disp. Trans. 4ª de la Ley), a quienes -conforme al art. 97 del mismo cuerpo legal- corresponde *"el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes"*.

La Ley 38/1988, de 28.12, de Demarcación y Planta Judicial, estableció que el Gobierno disponía del período comprendido entre 1989 y 1992 para la elaboración de los programas necesarios para la aplicación de la nueva planta judicial (art. 62) y para acordar la constitución de los Juzgados de Menores (art. 46.1), que -como reitera el art. 61.1 de la Ley- tendrán la competencia de los actuales TT.TT.MM.

- 7 Así ocurrió, v.gr., en el caso resuelto por la STS (Sala 1ª) de 14.2.1959.

Vid., sin embargo, la STS (Sala 2ª) de 11.5.1942, a propósito de un caso en el que fue el Juzgado de Instrucción el que enjuició el hecho punible de un menor de 7 años de edad, sometándolo a las formalidades del procedimiento ordinario; el TS entendió que se trataba de un *"vicio sustancial no subsanable por esta Sala"*.

- 8 La regla que establece el art. 14 de la Ley TTM es la de la competencia de los tribunales ordinarios del orden civil por cuanto se refiere a las consecuencias civiles del hecho; pero el mismo precepto, en su 2º pfo., admite una excepción: la de que ambas partes soliciten la intervención del Tribunal Tutelar como mediador y éste acepte, en cuyo caso su resolución tendrá fuerza ejecutiva y no podrá ser recurrida.

- 9 No han faltado voces a favor de una reforma de la legislación en este punto, para que los TTM se pronuncien

competencia del juez civil; pero, ¿qué normas deberá aplicar éste?. Algún autor (10) ha entendido que ello depende de lo que establezca el TTM a propósito del hecho: si éste no es uno de los penados por la Ley, no se daría el presupuesto del art. 1092 Cc y el juez civil habría de aplicar los arts. 1902 y 1903 Cc; en cambio, en el caso de que fuese uno de los penalmente tipificados, sí concurriría tal presupuesto aunque el hecho delictivo no fuera punible por la inimputabilidad penal del agente (vid. supra).

Avanzando en esta línea, en las hipótesis en que el TTM ejercita una función *reformadora* del menor de edad penal (art. 9 últ. pfo. Ley TTM), una vez que tenga conocimiento del hecho -en principio sometido a su competencia- instruirá las diligencias oportunas con el fin de determinar la realidad de aquél, las circunstancias concurrentes y la participación del menor en el mismo (art. 54 pfo. 1º del Rglto. para la ejecución de la Ley, aprobado -al igual que ésta- por el D. de 11.6.1948) (11). Ahora bien, si de tales diligencias resulta que el hecho no es de su competencia, inmediatamente se inhibirá de su conocimiento (pfo. 2º del art. 54 del Rglto.): lo cual puede ocurrir, v.gr., porque se determine que el autor material no era menor de edad penal (quedando excluída así la facultad reformadora o correctiva del TTM, siempre que no se trate de la hipótesis sometida a su facultad represiva, en virtud del nº 2 del art. 9 de la Ley).

---

también acerca de la responsabilidad civil (vid., v.gr., la enmienda 74, presentada por el Grupo Popular en la tramitación del texto de la Ley de 25.6.1983 de reforma del Cp, enmienda que fue finalmente retirada: BOC de 14.4.1983).

10 Así, v.gr., LATOUR BROTONS: "Responsabilidad civil...", cit., pg. 143.

11 Asimismo, puede darse el caso de que la jurisdicción ordinaria instruya las diligencias previas, poniéndolo inmediatamente en conocimiento del Presidente del Tribunal de Menores correspondiente (art. 55 del Rglto.) y remitiéndolas una vez concluídas al mismo (art. 59 Rglto.) -como ocurrió en el caso que dió lugar a la STS, Sala 1ª, de 14.4.1977-; pero también deberá cesar su tramitación "*en cuanto le conste que el respectivo Tribunal de Menores instruye diligencias sobre los mismos hechos*" (art. 55 Rglto.).

Luego, si con motivo de un hecho penalmente tipificado atribuido a un menor de 16 años, el TTM, en ejercicio de su facultad reformadora, adopta un acuerdo en que declara la participación del menor en tal hecho (art. 14 pfo. 1º últ. inciso de la Ley TTM), pudiendo además establecer alguna de las medidas que prevé el art. 17 A) de la Ley (y el 36 del Rglto.), parece evidente que concurre el presupuesto del art. 20.1ª Cp (daños derivados de hechos penalmente tipificados), a aplicar por el tribunal civil competente.

Un repaso de las decisiones de nuestros tribunales civiles pone de relieve, sin embargo, que en estos supuestos no han aplicado casi nunca el art. 20 Cp -con raras excepciones, como la STS de 8.5.1965 y la de la AP de Valencia -Civil- de 17.10.1985, a las que me referiré más adelante-, aun cuando el acuerdo del TTM -en su caso- declare la participación del menor de 16 años en un hecho de los penalmente tipificados y, además, adopte respecto de él alguna de las medidas correctoras previstas en el art. 17 A) de la Ley TTM: así, v.gr., en supuestos en que se decidió el internamiento del menor en un establecimiento, poniéndosele más tarde bajo libertad vigilada (STS 12.5.1956) o en que se le amonestó [SSTS 21.4.61 (12), 30.4.1969, 14.4.1977, 18.5.1981 y 10.7.1985] (13).

- 
- 12 En el caso resuelto por esta STS, el padre de un menor de 13 años de edad, fue condenado en base a los arts. 1902 y 1903 Cc a indemnizar los daños que su hijo había inferido a otro menor a consecuencia de una pedrada. En su recurso de casación, la defensa del progenitor alegó aplicación indebida de los citados preceptos y violación por inaplicación de los arts. 1089 y 1092 Cc, por cuanto éstos remiten al Cp cuando se trata de *"obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas"*, que era precisamente el caso a juicio del recurrente: y ello porque -señaló- *"parece evidente que los hechos que se estiman comprobados por el Tribunal Tutelar [el acuerdo decía textualmente que el hijo del demandado "cuando jugaba con otros menores, disgustóse con el niño C.A., de trece años de edad, arrojándole una piedra fuertemente, y le ocasionó a este último una lesión en el ojo izquierdo, etc"] son una agresión intencional y voluntaria..., debiendo tipificarse como un delito de lesiones del art. 420 Cp..."*

El hecho -como regla- es que, con independencia de cuál haya sido el sentido del pronunciamiento del Tribunal Tutelar, los tribunales civiles aplican las normas del Cc: básicamente, en lo que aquí interesa, el art. 1903 -a veces también el 1902- para la responsabilidad de los padres (14); asimismo, en supuestos en que eran los respectivos padres de varios menores los llamados a responder, para fundamentar la solidaridad entre ellos no se acude al art. 107 Cp, sino a la interpretación jurisprudencial desarrollada al hilo del art. 1137 Cc, en el sentido de entender que media solidaridad entre los varios sujetos responsables por la

---

A mí me parece correcto este razonamiento del recurso, aunque no alcanzo a comprender qué ventaja se pretendía obtener de ello para el padre demandado ya que, de haberse aplicado el art. 20.1ª Cp, hubiese seguido en pie su responsabilidad directa. Y no sólo eso, sino que, dada la interpretación jurisprudencial en materia de prescripción de la acción civil de responsabilidad derivada de hechos constitutivos de delito o falta, las consecuencias podrían serle, en principio, mucho más gravosas, por aplicársele el plazo del art. 1964 Cc en lugar del del art. 1968.2 Cc; aunque, como señalo más abajo, lo cierto es que el TS viene aplicando el art. 1968.2 a la acción de responsabilidad civil derivada de daños ocasionados por menores de 16 años aun cuando esos actos pudieran estar penalmente tipificados.

En cualquier caso, el TS desestimó el recurso y entendió que el acuerdo del TTM no contradecía los hechos probados y admitidos en la S. recurrida y, además, que *"no se puede desconocer la libertad del Tribunal sentenciador de calificar los hechos y de extraer de ellos las consecuencias jurídicas que determina"*.

- 13 A veces simplemente se alude a la adopción por el TTM de un *"acuerdo de sentido correctivo"*: vid. la STS (Sala 1ª) de 24.3.1979. Algunas Sentencias sólo hacen referencia en su parte dispositiva a la intervención del TTM, en relación con el cómputo del plazo de prescripción de la acción: así, v.gr., las del TS (Sala 1ª) de 17.6.1980 y 10.7.1985. Por otra parte, hay SSTs en las que sólo se menciona "de pasada" (así, al hilo de la exposición de las alegaciones de las partes) el que el Tribunal hubiese conocido del asunto (vid. la STS, Sala 1ª, de 30.10.1956) o su contenido en cuanto a los hechos que declaró probados (vid. las SS. de 8.4.1980 y 8.2.1983).

- 14 Así, entre otras, las SSTs (Sala 1ª) de 12.5.1956, 30.10.1956, 14.2.1959, 21.4.1961, 14.4.1977, 24.3. 1979, 17.6.1980, 18.5.1981, 8.2.1983, 10.6.1983 y 10.7.1985.

causación de un daño (15). Por último, en materia de prescripción, se aplica casi sistemáticamente el plazo de un año del art. 1968.2 Cc (16), en lugar del de 15 años previsto en el art. 1964 Cc, que es el que, según la jurisprudencia civil dominante, corresponde a la acción de responsabilidad civil *<ex delicto>* (17).

En este punto, hay que tener también en cuenta las discrepancias de esta misma jurisprudencia en cuanto a cuándo el juez civil ha de entender que se trata -y sigo empleando la terminología preferida de los tribunales- de responsabilidad civil *<ex delicto>* (18) y a las que ya me he referido (19). En un punto hay acuerdo: existe cuando el juez penal declaró el delito o falta en sentencia condenatoria firme. El problema es que, en la hipótesis de que ahora se trata, ni el TTM dicta una *sentencia*, porque sus decisiones toman el nombre de "*acuerdo*" (art. 15 pfo. 2º Ley TTM), ni -aun prescindiendo de esa diferencia-, por su propio carácter no represivo, sino educativo, tutelar y reformador (art. 9 últ. pfo. Ley TTM), podrá ser nunca *condenatoria*: al menor de 16 años no se le impondrá nunca una pena, sino, todo lo más, se le someterá a una *medida reformadora*.

Desde luego, no habrá sentencia condenatoria del TTM (20), pero lo cierto es que en su acuerdo puede declarar que el menor en cuestión participó en unos hechos concretos -proclamando así

15 Así, v.gr., en la STS (Sala 1ª) de 13.9.1985.

16 Vid., entre otras, las SS. (Sala 1ª) de 29.12. 1962, 8.5.1965, 8.4.1980, 17.6.1980, 18.5.1981, 8.2.1983, 10.7.1985 y 13.9.1985.

17 Vid. *supra*, pg. 89 de este Capítulo.

18 En tal caso, el juez civil que conozca de la responsabilidad civil habrá de aplicar los preceptos del Cp y -conforme a esta jurisprudencia- el plazo prescriptivo del art. 1964 Cc.

19 Vid. *supra*, pgs. 88-89 de este Capítulo.

20 Por tanto, para aquella línea jurisprudencial que entiende que sólo si media tal sentencia hay responsabilidad civil *<ex delicto>*, en estos casos siempre se trataría de responsabilidad civil *<ex ilícito civil>* -empleando, insisto, su terminología-, siendo de aplicar las normas del Cc y el plazo de prescripción del art. 1968.2 Cc.



unos hechos probados vinculantes en el ámbito civil (21)- que pueden estar penalmente tipificados; de hecho, éste es el presupuesto de la competencia del Tribunal Tutelar en este ámbito. Precisamente -y como ya se ha visto-, un sector jurisprudencial entiende que puede haber responsabilidad civil *<ex delicto>* en supuestos distintos del de sentencia penal condenatoria, siempre que el juez civil llegue a la conclusión (a los meros efectos de la responsabilidad civil) de que el acto dañoso es uno de los tipificados penalmente, o cuando de las actuaciones penales previas quepa deducir una declaración implícita del juez penal acerca del carácter delictivo del acto. Lo cual sería aplicable a muchos de los acuerdos de los TT.TT.MM.; sin embargo, los tribunales civiles no han seguido aquí tal interpretación, ni siquiera en casos como el de la STS -Sala 1ª- de 29.12.1962, en que el Tribunal se hace eco de las declaraciones contenidas en las sentencias del Juzgado y de la AT, que entendieron que el Juez de Menores aplicó *"resolución equivalente a condena"*, pese a lo cual se aplicaron los arts. 1903 y 1968.2 Cc; igual que en el supuesto de la STS de 10.5.1985, que impuso la responsabilidad a los respectivos padres de varios menores en base al art. 1902 Cc, a pesar de que el TTM había estimado probados unos hechos constitutivos de imprudencia con infracción de reglamentos (22).

21 Vid., en este sentido, las SSTs (Sala 1ª) de 29.12.1962, 24.3.1979, 10.6.1983 y 10.5.1985. Y las SS., también civiles, de las AAPP de Salamanca 25.9.1974, y de Palma de Mallorca 4.10.1989, así como las de las AATT de Bilbao 17.6.1987 y de Burgos 5.5.1988.

22 En esta S., el TS trae a colación los acuerdos del TTM en cuanto *"proclamadores de hechos probados vinculantes en el ámbito civil"*: en ellos se declaró que la moto conducida por la víctima circulaba en dirección contraria a la de los caballos y el mulo en que iban montados los respectivos hijos -menores de 16 años- de los demandados y contra los que chocaría; también conforme al citado acuerdo, quien invadía la zona izquierda de su dirección eran los menores, haciendo así que las caballerías constituyesen un frente difícil de pasar, acentuado por el hecho de que los niños fueran montados sin persona mayor que les acompañara y sin luces que indicaran su situación, en un lugar en que había una pequeña curva y ya anochecido, siendo tal actuar circulatorio la causa

De todas las sentencias del TS que he estudiado, tan sólo una, la de la Sala 1ª, de 8.5.1965, parece adoptar la línea que acabo de apuntar: así, tras hacer referencia a la *"actuación criminal de los hijos"* de los demandados -que habían sido juzgados por el TTM (23)- considera aplicable al supuesto el art. 20 Cp, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1092 Cc; de ahí que tampoco estime violados por falta de aplicación -como pretendían los padres demandados, luego recurrentes- los arts. 1137 y 1138 Cc por la sentencia de instancia recurrida, que había condenado solidariamente a los respectivos padres; el TS lo justifica señalando que la aplicación de los referidos artículos del Cc *"...queda sin efecto cuando existe una norma específica que imponga la solidaridad en el cumplimiento de una obligación determinada, como lo hacen... para el caso concreto que aquí se discute, el 107 del Cp..."*; lo curioso -a la vista de la jurisprudencia civil en materia de prescripción- es que, seguidamente, somete el plazo de prescripción de esta acción al art. 1968.2 Cc en lugar del art. 1964.

Otra decisión excepcional es la SAP de Valencia (civil) de 17.10.1985. En este caso el asunto no fue enjuiciado en primer término por un TTM, sino por un Juez de Distrito -en la cit. S. no consta por qué-. Así fue como el proceso penal concluyó esta vez por *sentencia absolutoria*, pero -como se cuida mucho de destacar la AP, por la razón que de inmediato se verá- *"... no como consecuencia de no ser los hechos constitutivos de infracción*

---

determinante del accidente generador de las lesiones sufridas por la víctima.

- 23 En su acuerdo, el Tribunal Tutelar había establecido que los hijos de los demandados -uno de 12 años y otro de 14- formaban parte de un grupo de muchachos que *"se encontraban junto a la fuente pública... molestando con unos cardos a cuantas jóvenes iban por agua a la misma y habiendo ido con esta finalidad a dicha fuente la joven P.G.B. le dieron con un cardo en su ojo derecho, no pudiéndose determinar cuál de los dos, aunque sí uno de éstos, produciéndole una catarata traumática en dicho ojo..."*

*penal, sino exclusivamente por ser el presunto responsable menor de 16 años".* Lo cual, unido a que la Audiencia parte de la competencia de los tribunales civiles *"para establecer, a los solos efectos de la represión penal, si existe o no delito"*, la condujo a declarar la responsabilidad civil paterna con fundamento en el art. 20.1ª Cp, tras estimar que efectivamente se trataba en el caso de responsabilidad civil *"derivada de delito"* (24). De ahí que aplicara a la acción civil para su exigencia el plazo precriptivo del art. 1964 en vez del del art. 1968.2 Cc.

En definitiva, del examen de la jurisprudencia en esta materia, cabe deducir que, por regla, se entiende que de los actos dañosos constitutivos de delito o falta realizados por un menor de 16 años, deriva una responsabilidad civil extracontractual (o, en su terminología, no *<ex delicto>*), sometidas a las normas del Cc. Así, resulta que el art. 20.1ª Cp es prácticamente inoperante por lo que afecta a la responsabilidad paterna.

---

24 Del acto del menor -que había ocasionado un accidente circulatorio cuando iba conduciendo su bicicleta-, dice la S. que supuso *"claramente una maniobra arriesgada, imprudente y antirreglamentaria... con patente infracción de normas elementales de cautela y del art. 23 del Código de la Circulación..."*.

- b) Ejercicio de la acción penal con expresa reserva de la acción civil para ejercitarla una vez concluya el juicio penal.

Cuando en estos casos el juicio penal concluye con sentencia absolutoria, los efectos de ésta son exactamente los mismos que los de la que recae cuando las acciones penal y civil se han ejercitado conjuntamente, aspecto éste que ya ha quedado tratado (25). También vale aquí lo dicho páginas atrás (26) respecto de las hipótesis en que el proceso penal concluye con sobreseimiento libre por prescripción del delito o de la falta, por amnistía o indulto, o por las causas de los nros. 1 y 2 del art. 637 LECr, y respecto de los casos de muerte, rebeldía o demencia sobrevenida del procesado.

Resta por decir algo sobre la hipótesis de sentencia penal condenatoria cuando media expresa reserva de la acción civil. Se trata de ver en qué medida vincula esa sentencia al juez civil. La Sala 1ª del TS ha señalado que sólo le vincula en cuanto a los hechos declarados probados (vid. art. 142.2 LECr): la descripción de la actividad calificada de infracción penal, la antijuridicidad del hecho, la culpabilidad del reo y la puntualización del resultado (27); de ahí que el juez civil no pueda eximir de la responsabilidad civil en base a la inexistencia del hecho o a la no participación en el mismo del condenado penalmente (28); no obstante, se mantiene su libertad en la interpretación y valoración de los hechos declarados probados (29); algunas sentencias concluyen, por ello, que en estos casos la autonomía del juez civil se concreta en la determinación de la cuantía de las

25 Vid. *supra*, pgs. 77-78 de este Capítulo.

26 Vid. pgs. 73 ss., 88-89 de este Capítulo.

27 En este sentido, vid. las SSTs de 27.3.1982, 2.11.1987 y 9.10.1989; e, igual, las SSAATT de La Coruña (Sala 1ª) 30.3.1987 y de Palma de Mallorca (Sala de lo Civil) 26.1.1988.

28 Vid. al respecto CABALLERO GEA, J.A.: "Las responsabilidades, penal...", cit., pg. 147.

29 Vid., v.gr., las SSTs -Sala 1ª- de 5.2.1957, 7.2.1980 y 27.3.1982, así como la SAT de Palma de Mallorca (Civil) de 26.1.1988.

indemnizaciones y de su reparto, así como en su repercusión entre terceros y aseguradores (30).

El que la sentencia penal sea condenatoria determina, además, el tipo de normas que aplicará el juez civil, precisamente por la tajante distinción que mantiene esta jurisprudencia entre los regímenes aplicables a cada una de las dos supuestas acciones de responsabilidad civil (31). De ahí que, conforme a ella, cuando la jurisdicción competente declara por sentencia firme la comisión de un delito, la responsabilidad civil será *<ex delicto>*, por lo que el juez civil debería aplicar sólo las normas del Cp (32).

Aplicando tal interpretación al supuesto de delito cometido por un menor penalmente imputable, resulta que, declarado el acto punible por el juez penal, el juez civil que entienda de la acción civil reservada debería aplicar exclusivamente los artículos del Cp; con lo cual queda en pie el problema planteado por la insolvencia del menor penal y civilmente responsable, ante la inexistencia en el cuerpo penal de un precepto paralelo al art. 1903 Cc (33).

Ahora bien, si, como señala a este respecto A.F. PANTALEON (34), la Sala 1ª del TS parece decidida a admitir que, en casos de

30 Vid. la STS -Sala 1ª- de 25.1.1974; y, en cuanto a los tribunales de instancia, vid. las SSAAPP -Civil- de Huesca de 31.10.1972 y 31.10.1977, de Bilbao 21.2.1974, de Sevilla 20.10.1977 y 10.5.1978, de Badajoz 22.10. 1977 y de Burgos 9.6.1978; y la SAT de Albacete de 5.12.1977.

31 Distinción que ponen de relieve, entre otras muchas, las SSTS (Sala 1ª) de 12.3 y 13.11.1934, 9.2.1961, 25.2.1963, 7.11 y 17.12.1985, y 2.11.1987.

32 En este sentido, vid., v.gr., la STS (Sala 1ª) de 8.4.1936 y la SAP Huesca (Civil) de 31.10.1977.

33 La SAP de Bilbao (Sala de lo Civil) de 21.2.1974 salvó, no obstante, tal inconveniente, entendiéndolo aplicable el art. 1903 Cc a efectos de integrar la laguna legal existente en esta materia en el Cp (de modo similar a otras SS. de instancia dictadas en supuestos de ejercicio conjunto de las acciones penal y civil: vid. *supra*, nota 42 de pg. 82 de este Cap.); en el mismo sentido vid. también la SAT Valladolid de 30.4.1987.

34 Vid. sus comentarios a las SSTS de 28.1.1983, cit., pgs. 114 y 115, y de 10.3.1983, CCJC 1983, n° 2, 40, pg. 458.

responsabilidad civil <ex delicto> -como lo son claramente los de sentencia penal condenatoria-, el perjudicado puede optar entre la correspondiente acción basada en las normas del Cp y la acción de responsabilidad civil extracontractual ex arts. 1902 y ss. Cc, aún le quedaría una posibilidad al perjudicado para lograr que el juez civil aplicase los preceptos del Cc (35).

La solución a estos problemas pasaría -como indico más adelante- por superar la concepción de la llamada responsabilidad civil <ex delicto> y la extracontractual como dos responsabilidades de naturaleza distinta y sometidas a una normativa absolutamente excluyente la una de la otra (36); en nuestra doctrina hay un importante grupo de autores favorables a esta solución (37).

- 35 Es interesante al respecto la STS (Sala 1ª) de 30.6.1977; un motivo del recurso de casación planteado ante el Tribunal por la demandada, era precisamente la aplicación indebida del art. 1902 Cc y la violación por inaplicación de los arts. 1092 Cc y 19 y 22 Cp, puesto que había precedido sentencia penal condenatoria; el TS, sin embargo, desestimó este motivo, argumentando que *"...al reservarse el perjudicado... las acciones civiles derivadas del hecho delictivo, es indudable que quedan desligadas de la responsabilidad penal, y se rigen exclusivamente por las normas comunes de las obligaciones civiles"*; aserto éste que, dicho sea de paso, suscita reservas en cuanto supone admitir que, por la reserva de la acción civil en el proceso penal, resulta indiferente la calificación como delito del acto dañoso; de modo que, aun cuando la Sala 1ª del TS parte de la distinta naturaleza de la llamada responsabilidad civil <ex delicto> y la responsabilidad civil aquiliana, por la vía de la reserva de la acción -a merced, por tanto, del perjudicado- podría operarse la "transformación" de una responsabilidad civil del primer tipo -pues la jurisdicción competente declaró la existencia del delito- en una del segundo (a propósito de esta crítica, vid. ALONSO PRIETO, L.: "Estudios de Derecho...", cit., pg. 37). En contra de esta línea jurisprudencial, vid. la SAP de Huesca (Civil) de 31.10.1977 que, en un supuesto de condena penal de un menor penalmente imputable y de ejercicio separado de las acciones civiles reservadas contra el propio agente y contra su padre, mantuvo la aplicación de las reglas del Cp (concretamente, del art. 22) en base a la remisión del art. 1092 Cc, y rechazó la del art. 1903 Cc. La AP sigue así el mismo criterio de la STS (Sala 1ª) de 8.4.1936.

- 36 A este respecto interesa referirse brevemente a algunas de las consideraciones que hace el TS (Sala 1ª) en su S. de 18.10.1988, en cuanto que matiza: por un lado, que las

c) Ejercicio exclusivo de la acción civil en proceso civil.

- El proceso civil así iniciado será suspendido cuando haya de incoarse un proceso penal por darse el caso previsto en el art. 362 LEC: esto es, que el juez civil haya de *"fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito"*. Lo cual se relaciona con lo dispuesto en el pfo. 1º del art. 114 LECr, respecto de la suspensión de cualquier pleito que se siguiere sobre el hecho, desde el momento en que se promueva un juicio penal sobre el mismo y hasta que recaiga sentencia firme en dicho juicio. Ello es expresión del principio de preferencia del orden jurisdiccional penal, también consagrado en el art. 44 LOPJ. Este supuesto no ofrece peculiaridades respecto a lo ya señalado en cuanto a las normas aplicables a la responsabilidad civil.

---

obligaciones *ex delicto* "propia<sup>mente</sup> no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible"; y, por otro, que estas obligaciones se gobiernan por el régimen al que se refiere el art. 1092 Cc "y que principalmente se halla en el Cp". ¿Quiere admitir el TS, aunque sea tangencialmente, con ese adverbio subrayado, que, llegado el caso, el juez que decide sobre la responsabilidad civil en casos de comisión de un delito, podría acudir a las normas del Cc, puesto que la obligación de reparar nace del hecho en cuanto originador de dicha obligación?

- 37 En esta hipótesis de sentencia penal condenatoria y ejercicio de la acción civil por separado, se manifiestan a favor de la exclusiva aplicación del Cp, v.gr., A. BORRELL MACIA ("Responsabilidades derivadas de...", cit., pg. 153); y J. SANTOS BRIZ (Comentario a los arts. 1903 y 1904 Cc, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", T. XXIV, EDESA, Madrid 1984, pg. 572). En cambio, a favor de la aplicabilidad también de las normas del Cc como Derecho supletorio, siempre que sea en la vía civil, vid. CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pgs. 96 a 98; en idéntico sentido, en un primer momento, SOTO NIETO, J.: "El menor ante...", cit., pg. 221; en línea similar, también ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 48.

- En determinados casos, sin embargo, el perjudicado puede optar libremente entre acudir a la vía civil o penal; tal es el supuesto previsto en el pfo. 2º del art. 106 LECr, de renuncia de la acción penal cuando se trate de un delito o falta que no sea perseguible sino a instancia de parte; en estos supuestos, se considera extinguida la acción penal cuando se ejercita únicamente la civil (art. 112.2 LECr).

Para la tesis jurisprudencial conforme a la cual sólo hay responsabilidad civil *<ex delicto>* cuando haya sentencia penal firme condenatoria, el juez civil habría de aplicar en estos casos sólo las normas de los arts. 1902 y ss. Cc (38); con lo cual se daría la consecuencia de que, puesto que la jurisprudencia mantiene una rígida separación entre los fundamentos y regímenes de ambas responsabilidades, el perjudicado, mediante la opción de ejercitar o no la acción penal correspondiente, puede determinar el régimen aplicable a su pretensión de resarcimiento (39); en favor de esta posibilidad podría argumentarse que, si la víctima puede renunciar a las consecuencias "penales" del delito a efectos punitivos, lo lógico es que también pueda hacerlo respecto de las consecuencias civiles de la reparación, que van ligadas a la calificación como delito del hecho dañoso.

---

38 A favor de la exclusiva aplicación del Cc, vid. ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 56.

39 Vid. FONT SERRA, E.: "Reflexiones sobre la...", cit., pgs. 103 y 104.



### III. PROPUESTA DE SOLUCION. CONFIGURACION DE LA RELACION ENTRE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL Y LAS DEL CODIGO CIVIL COMO CONCURSO DE LEYES FUNDAMENTADORAS DE UNA UNICA PRETENSION.

#### 1. JUSTIFICACION DEL CONCURSO DE LEYES

La exposición desarrollada demuestra que la doble regulación de la responsabilidad civil característica de nuestro Derecho, y los diferentes resultados a que se puede llegar según el cuerpo legal que se aplique carece de justificación alguna; en ello y en la necesidad de regular el tema sólo en el Cc coincide mayoritariamente nuestra doctrina (40). La conclusión a que se llega es que la responsabilidad civil derivada de un acto dañoso, y tanto si éste está penado por la Ley como si no, es siempre la misma (41), cumple en todo caso una finalidad reparadora y tiene una única naturaleza. En definitiva, no hay una "responsabilidad civil derivada de delito" distinta de la responsabilidad civil regulada en los arts. 1902 y ss. Cc (42).

40 En este sentido, entre otros, vid. QUINTANO RIPOLLES, A.: "Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de «daño»", RDP 1949, pgs. 869 y 876; SILVA MELERO, V.: "En torno a las consecuencias civiles del delito", RDP 1966, pgs. 1066 y 1067; RUIZ VADILLO, E.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 11, así como el comentario al art. 20 Cp, en "Comentarios a la Legislación...", cit., pg. 363; SOTO NIETO, F.: "El menor ante...", cit., pg. 225; ALONSO PRIETO, L.: "Estudios...", cit., pg. 48; VILAR BADIA, R.: "Problemática en torno a...", cit., pgs. 43 y ss.; LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil...", cit., pg. 122; FORCADA JORDI, M.: "La responsabilidad civil dimanante del art. 1903 del Código civil y su posible inconstitucionalidad", La Ley 1986-4, pgs. 1022 y 1023; SANTOS BRIZ, J.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 463; FONT SERRA, E.: "Reflexiones sobre la...", cit., pgs. 101 y ss.; CABANILLAS SANCHEZ, A.: Comentario a los arts. 1092 y 1093 Cc, cit., pgs. 221 y 222.

41 Vid., en este sentido, y entre otros, GALIANA URIARTE, F.: "Problemas de la responsabilidad civil delictual", ADP y CP 1966, pg. 200 y 201; DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 796 y 801; LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 39.

42 En contra BORRELL MACIA, A.: "Responsabilidades derivadas de...", cit., pg. 308.

De ahí que se deba hacer una interpretación de los Códigos penal y civil tendente a establecer un régimen lo más unitario posible.

Aún cabe dar un paso más. Si el hecho dañoso se ajusta a un tipo penal, será subsumible en el supuesto de hecho de las normas que regulan la responsabilidad civil en el Cp, pero también en las del Cc, puesto que ha tenido lugar una infracción del genérico deber *neminem laedere*. Hay, pues, que determinar si se trata de dos supuestos de hecho distintos, cada uno de los cuales fundamenta una pretensión diferente y autónoma, o si, por el contrario, media una unidad entre aquéllos, que apoyarían en realidad una única pretensión (43). En el primer caso, se trataría de un concurso de acciones; en el segundo, de un concurso de leyes (44).

Pues bien, si se analizan y articulan los correspondientes preceptos de los Códigos penal y civil relativos a la responsabilidad de los padres, creo que cabe mantener que media una básica unidad entre sus supuestos de hecho y sus requisitos y que ambos fundamentan una única pretensión a favor de la víctima (45): el derecho a exigir una indemnización deriva en todo caso del comportamiento en cuanto lesivo y culposo (con independencia de que, además, el acto del hijo responda a un tipo penal), existe una misma relación entre dañante y dañado, lo que éste puede exigir es lo mismo (la reparación del daño de forma

43 Acerca de la noción procesal de pretensión, vid. FAIREN GUILLEN, V.: "De nuevo sobre el concepto de acción y el de pretensión", Rev. Dº Procesal 1988, nº1, pgs. 18 ss.

44 La doctrina alemana ha dedicado especial atención al estudio de este tema. Vid., entre muchos, la obra de Friedrich LENT, "Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß", 2 Tomos (reimpresión de las ediciones de 1912 y 1916, respectivamente, del primer y segundo tomo), Scientia Verlag Aalen, Darmstadt 1970; en particular, sobre la distinción entre concurso de acciones ("Anspruchskonkurrenz") y concurso de leyes ("Gesetzeskonkurrenz"), vid. pgs. 72 y 73 del T.I.

45 En este sentido, vid. GOMEZ ORBANEJA, E.: "Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil", RDP 1946, pg. 708, y "La acción civil...", cit., pgs. 186 y ss.

directa), en definitiva, el interés objeto de protección jurídica es idéntico tanto para las normas del Cp reguladoras de la responsabilidad civil como para las del Cc; el hecho de que se hayan establecido diversas vías jurisdiccionales para hacerla efectiva se debe tan sólo a razones de economía procesal, como ya ha quedado indicado (46).

Por consiguiente, entre las normas del Cp y las del Cc en esta materia media un concurso de leyes que fundamentan una única pretensión: sólo hay una acción de responsabilidad civil extracontractual, que -en su caso- puede ejercitarse en el proceso penal junto con la acción penal.

Así lo ha entendido en nuestra doctrina A.F. PANTALEON (47), quien, partiendo de este planteamiento, concluye que "el Juez, penal o civil, que decide sobre dicha única acción de responsabilidad aquiliana puede escoger libremente (*iura novit curia*) la norma del Código Civil o Penal en que mejor pueda apoyarse la pretensión indemnizatoria del demandante... .. Aunque eso sí -continúa este autor-, en el (criticable) caso de que las regulaciones sean contradictorias... .. jugará el principio de *especialidad* (éste sería el sentido de los arts. 1092 y 1093 del Código Civil)..." (48).

---

46 A este respecto, la STS (Sala 2ª) de 16.10.1970, puntualiza que, *"aunque sujeta a condicionamientos peculiares, la responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, se inserta en el proceso penal como consecutiva y subsiguiente de la responsabilidad penal, por razones de economía procesal, pero sin perder su primitiva naturaleza..."*, de donde el Tribunal deduce el interés de acudir a los arts. 1902 y 1903 Cc *"para concebir en sus justos términos la responsabilidad"* que declara el art. 22 Cp.

47 Vid. sus comentarios a las SSTs de 28.1.1983 (cit., pg. 116), 10.3.1983 (cit., pgs. 456 a 458), 25.6.1983 (CCJC 1983, nº 3, 70, pg. 794) y 13.7.1984 (cit., pgs. 1962 y 1963). La tesis del concurso de leyes ha sido acogida posteriormente también por A. CABANILLAS SANCHEZ (vid. su comentario a los arts. 1092 y 1093 Cc, cit., pgs. 220 y ss.).

48 Comentario a la STS de 25.6.1983, cit., pg. 794. La SAT de Barcelona (Sala 2ª) de 30.5.1983 parece acoger, en cierto modo, alguna de las consideraciones transcritas supra,

La especialidad es una de las formas de la concurrencia de leyes, concretamente la que media entre *lex generalis* y *lex specialis*; en principio, hay en ellas distintos supuestos de hecho, por cuanto en una se incorpora un dato que no se tiene en cuenta en la otra; pero en realidad, y salvando tal apariencia, subsiste la unidad del supuesto de hecho (49). Esta sería la relación mediante entre las normas del Cp y las del Cc relativas a la responsabilidad civil: las primeras constituirían *lex specialis* respecto de las segundas porque incorporan un dato más (50) -la tipificación pe-nal del acto dañoso-, lo cual, sin embargo, no altera el hecho de que la pretensión de indemnización sea en todo caso idéntica, aunque sí determina el que, si concurre en el caso

---

pero no sin contradicciones, ya que, a la vez que se habla de "concurso de normas" (aludiendo a los arts. 1092 y 1902 Cc), subsiste la idea de que se trata de acciones diferentes; así, justifica la declaración de responsabilidades con fundamento en el art. 1902 Cc pese a la invocación del art. 1092 en la demanda, con el siguiente argumento: "... es irrelevante que se confunda la acción al no poder perjudicar al litigante ese error, pues, ni se califican las acciones por el nombre que se les dé, ni afecta a la congruencia en virtud del principio *⟨iura novit curia⟩*, mayormente porque cuando hay una concurrencia o concurso de normas en un mismo hecho, es subsumible [querrá decir, "susceptible"] de ser decidido por una u otra ya que lo que vincula a los juzgadores son los hechos pero no los preceptos aducidos que pueden ser equivocados porque la acción se individualiza y define por el hecho y únicamente existe incongruencia si el sentenciador altera la *⟨causa petendi⟩*".

49 Vid. al respecto LENT, F.: "Die Gesetzeskonkurrenz im...", T.1, cit., pg. 87.

50 Como pone de relieve GOMEZ ORBANEJA (vid. "Concurso de leyes...", cit., pg. 713) refiriéndose a la especialidad, "lo característico de ésta es, pues, que la *lex specialis* comprenda el mismo "supuesto" abstracto de la *generalis*; por tanto, el mismo grupo conceptual, pero regulándolo más circunstanciadamente, añadiendo a los elementos de la otra norma algún otro elemento, de suerte que todo acaecer concreto que se acomode a los requisitos de la primera ley -la especial-, llene también por necesidad los de la otra -pero no a la inversa".

Vid., asimismo, LENT, F.: "Die Gesetzeskonkurrenz im...", T.1, cit., pg. 192.

concreto, sean de aplicación preferente las normas que lo tienen en cuenta, esto es, las del Cp (*lex specialis derogat legi generali*).

## 2. LA SUPERACION DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA SEPARACION ABSOLUTA ENTRE LAS NORMAS DE AMBOS CODIGOS (51).

Como en su momento se analizará con detalle, en materia de responsabilidad civil derivada de los actos dañosos de menores de edad, es posible articular un régimen básicamente unitario entre las normas de los Códigos penal y civil, acudiendo a los mecanismos que ofrece el art. 4 Cc para cubrir lagunas de regulación.

---

51 Parece claro que los intentos de acercamiento de los regímenes del Cp y del Cc no han de hacerse depender necesariamente de la configuración de su relación como de concurso de leyes. Así, también se dan pasos para la aproximación de regímenes distintos en supuestos en que no hay un concurso de este tipo, como ocurre en nuestro Derecho, v.gr., entre la acción de responsabilidad civil contractual y la de responsabilidad civil extracontractual, precisamente en base a su común finalidad reparadora (vid., a éste último respecto, p.ej., la STS 19.6.1984 que, tras declarar las diferencias caracterizadoras de los regímenes de las responsabilidades contractual y extracontractual, pasa a destacar sus "puntos de coincidencia y notas comunes", que justifican el que "la tajante separación originaria se atenúe en su aproximación a la común finalidad reparadora mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes (por regular dentro del Código y la necesidad de llenar sus lagunas, la responsabilidad en general), así los arts. 1101 a 1107 del Código civil...").

### A. El tenor literal de los arts. 1092 y 1093 Cc.

En principio, la dicción de los arts. 1092 y 1093 Cc parece establecer una diferenciación tajante de regímenes en materia de responsabilidad civil.

Pero el criterio literal no es el único a los efectos interpretativos de una norma, aunque, incluso desde este punto de vista, cabría señalar que ambos preceptos remiten a una fuente de regulación, que será la *preferente* -conforme al principio de especialidad-, pero que no tiene por qué ser la única (52).

### B. Razón histórica que explica la duplicidad normativa.

Radica en la promulgación previa del Cp y la inclusión en el mismo de normas que, por su naturaleza civil, debían haberse mantenido fuera de su ámbito (53).

Ya el Cp de 1822 reguló la responsabilidad civil derivada de infracciones criminales en el Cap. II (relativo a los delincuentes y culpables y a los que "*responden en nombre de otro*") y el Cap. III (rubricado "*De las penas y sus efectos*" y *del modo de ejecutarlas*") del Título Preliminar. Posteriormente, los Códigos penales de 1848 y 1870, tras establecer que "*toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta lo es tambien civilmente*" (arts. 15 y 18, respectivamente), dispusieron que la exención de responsabilidad penal para determinadas personas no conllevaba la de la responsabilidad civil; a los efectos que aquí interesan, ambos Códigos (números 2º y 3º del art. 8) eximían de

52 En esta línea, la SAP (Sala 1ª) de Santa Cruz de Tenerife de 9.10.1974 señala: "...el art. 1092... remite a la Ley penal, pero nunca dice que deje de aplicarse la civil, por lo que las normas de este carácter no pierden su vigencia...".

53 Vid., entre otros, TERUEL CARRALERO, D.: "Infracción penal y responsabilidad civil", ADP y CP 1958, pgs. 37 y 39; CABANILLAS SANCHEZ, A.: Comentarios a los arts. 1092 y 1093 Cc, cit., pgs. 217, 218 y 221; e YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1092...", cit., pg. 2110.

responsabilidad criminal al menor de 9 años y al mayor de esta edad pero menor de 15 que hubiese obrado sin discernimiento, pero la responsabilidad civil correspondiente se imponía, o bien al propio menor y, subsidiariamente, a sus padres o guardadores (art. 16, 2ª regla del Código de 1848), o bien a éstos directamente y al menor de forma subsidiaria (art. 19 regla 1ª del Código de 1870). La inclusión de tales disposiciones en estos Códigos llamó la atención ya a los juristas contemporáneos a los mismos, entre los cuales se puso de manifiesto que el enclave adecuado para ellas era el Cc, puesto que regulaban "*obligaciones que son resultado de un hecho propio á que la ley no califica de delito*"(54) pues, efectivamente, ni lo era el del menor penalmente inimputable, ni el de los llamados a responder civilmente por él; otros autores no se mostraron tan rigurosos, arguyendo sobre todo que aún tardaría algún tiempo la promulgación del Cc (55).

Lo cierto es que, dada la existencia de tales disposiciones en el Cp, era preciso tenerlas en cuenta al redactar el Cc. De ahí que, v.gr., el Proyecto de Cc de 1851 separara en los Capítulos II y III del Título XXI del Libro III "*las obligaciones que nacen de los delitos*", remitiendo a la regulación del Cp lo que se refería a la responsabilidad civil de quien cometiese delito o falta (art. 1899), de "*las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*" (arts. 1900 y ss). Sin embargo, ya Florencio GARCIA GOYENA, destacó en 1852

---

54 Así lo manifestaron P. GOMEZ DE LA SERNA y J.M. MONTALBAN, en sus "Elementos de Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación española", T.III, 11ª ed., Madrid, Carlos Bailly-Bailliere 1874, pg. 82.

55 En esta línea se expresó J.F. PACHECO (vid. "El Código Penal concordado y comentado", T.I, 3ª ed., Imprenta de Manuel Tello, Madrid 1867, pg. 279). Según señala B. GUTIERREZ FERNANDEZ (vid. "Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español", T.V, Tratado de las Obligaciones, Librería de Sánchez, Madrid 1871, pg. 646), en aquella época había incluso quienes entendían que la responsabilidad civil nacida de un hecho ilícito (delictivo o no) correspondía, más que a la parte civil, a la parte penal del derecho.

(56) la necesidad de aproximar, en la medida de lo posible, ambos regímenes, señalando que "...en este capítulo 3 se trata de la responsabilidad civil que nace de *culpa ó negligencia*: la civil que, por delito ó falta de los menores sujetos á curaduría, criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes en el desempeño de su obligación ó servicio, alcanza á los padres ó guardadores, á los amos, maestros y personas dedicadas á cualquier género de industria, se regirá por lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del Código penal, que en lo posible y racional deben conciliarse con este" (el subrayado es mío). Con esta intención, mantenía GARCIA GOYENA, p.ej., que la responsabilidad de los padres conforme al art. 1901 del Proyecto -y aunque su tenor literal no ofrecía ninguna base para ello (57)- debía reputarse subsidiaria de la de los hijos, pues así se configuraba en el n° 2 del art. 16 del entonces vigente Cp (el de 1848) y entendía que "no debe ni puede ser mas fuerte é intensa la responsabilidad" por *simple culpa ó negligencia* que la procedente de *falta ó delito*" (aunque, en realidad, el fundamento de la responsabilidad civil de los padres era siempre el mismo: la propia culpa).

Como es sabido, el Proyecto de 1851 fracasó y el Cc no sería promulgado hasta 1889, hallándose vigente en el momento de su elaboración el Cp de 1870. Un repaso de los debates

56 Vid. su obra "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español", T.IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid 1852, pg. 255.

57 El art. 1901 del Proyecto disponía: "*La obligación expresada en el artículo precedente (esto es, la de reparar los perjuicios ocasionados por culpa) no se limita á la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende á la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, ó por las cosas de que uno se sirve ó tiene á su cuidado.*

*En su consecuencia, el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía.*

[... ...]

*La responsabilidad de que se trata en todos los casos de este artículo, cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".*



parlamentarios que tuvieron lugar entre 1885 y 1889 (58), pone de manifiesto la escasa atención que se prestó al tema del desdoblamiento de la regulación de la responsabilidad civil en dos Códigos.

Así, durante el período de discusión del Proyecto de Ley por la que se autorizaría al Gobierno para publicar un Cc con arreglo a las condiciones y bases fijadas en la misma, el Senador Sr. Comas presentó tempranamente una enmienda a la Base 1ª, enmienda en la cual se presentaba un "plan general" del que había de ser el "trazado" del Código (59). En el mismo, y dentro del Cap. 3º ("*De las relaciones voluntarias*") del Libro IV ("*Del hecho jurídico*"), se separaban dos secciones (4ª y 5ª respectivamente): "*De los delitos y faltas. De la responsabilidad civil aneja á la responsabilidad criminal*" y "*De la culpa y negligencia*". Lo que interesa destacar aquí es que la mencionada Sección 4ª se estructuraba con bastante detalle, no limitándose a una mera remisión a las normas del Cp reguladoras de la responsabilidad civil (como era el caso del art. 1899 del Proyecto de 1851, a cuyo trazado debía ajustarse el Cc según la Base 1ª a la que el Sr. Comas presentaba la enmienda que ahora se comenta); más bien al contrario, el plan presentado por dicho Senador parecía apuntar a una inclusión en el Cc de las normas del Cp atinentes a la responsabilidad civil (así, v.gr., en las Subsecciones 2ª, 3ª y 4ª, relativas, respectivamente, a las personas responsables de forma principal y subsidiaria -ya regulado en los arts. 19 y ss. del Cp de 1870-; a los efectos de la responsabilidad civil: concretamente sustitución, reparación e indemnización -también previsto en los arts. 121 y ss. del citado Cp-; y a la "*transmisión de los derechos y obligaciones que derivan de dicha responsabilidad*" -contenido

58 Para el estudio de los mismos, aquí se ha utilizado la reciente y valiosa publicación del Senado que lleva por título "El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889", en 2 vols., 1989.

59 La enmienda se planteó para su discusión en el Senado en la sesión de 10.3.1885 (vid. "El Código civil: Debates...", vol. I, cit., pgs. 141 y ss.).

del art. 125 del mismo Cp-); y no sólo eso, sino que conforme a la enmienda del Sr. Comas, se incluiría en el Cc alguna rúbrica nueva en este punto respecto del Cp (como la Subsección 1ª de la misma Sección 4ª, relativa a "*Disposiciones generales*" atinentes, p.ej., a la "*naturaleza especial*" de esta responsabilidad).

Lo señalado hasta aquí se deduce del índice de Cc estructurado en la enmienda. Pero en el texto de la misma no se explicita la opinión exacta de su artífice al respecto (60). Por otra parte, el tema tampoco fue abordado en la discusión del Senado -que no admitió la enmienda- (61).

Sin embargo, era otra Base del Proyecto la que tocaba directamente este desdoblamiento de regulaciones: la que en la Ley de Bases quedó con el n° 21, aunque durante un largo período del proceso fue la n° 20; ésta fue la única variación que experimentaría la Base (62), conforme a cuyo pfo. 1° i.f. "*...se fijarán los efectos de la culpa y negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos bajo cuyo cuidado o dependencia estuvieren los culpables o negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio a tercera persona*"; y según el pfo. 2°: "*Las*

---

60 Vid. el texto íntegro de la enmienda en "El Código civil. Debates...", vol. I, cit., pgs. 502 y ss. En el mismo, el Sr. Comas, al referirse al Cap. que aquí interesa (el 3° del Título II del Libro IV), se limita simplemente a mencionar "*los delitos y faltas bajo el punto de vista de la responsabilidad*" y "*la culpa ó negligencia*" como "*materias de que se ocupa este capítulo*", "*destinado a las (relaciones voluntarias) que son resultado de un hecho ajeno, que, ... .., hace referencia á los hechos jurídicos cuya eficacia trasciende á personas distintas de aquellas á que deben su origen*" (vid. pg. 511, op. cit.).

61 Vid. "El Código civil. Debates...", vol. I, cit., Sesiones correspondientes a los días 10 a 13 de marzo de 1885.

62 En efecto, su texto permaneció inalterado a lo largo de todos los debates sobre el Proyecto de Ley de Bases: a título de ejemplo, compárese el texto cuando se desarrollaba la discusión en el Senado (vid. "El Código civil. Debates...", vol. I, cit., pgs. 485, 491 y 534, correspondientes a las Sesiones de 12.1, 14.2 y 6.5.1885, respectivamente) y, después, y hasta 1888, en el Congreso (vid. op. cit., pgs. 539, 737, 883, 898, 903, 911, 917, 924 y 932).

*obligaciones procedentes de delito o falta quedarán sometidas a las disposiciones del Código penal, ora la responsabilidad civil deba exigirse a los reos, ora a las personas bajo cuya custodia y autoridad estuviesen constituidos".*

Sólo en la Sesión del Senado de 28.4.1885, se debatió -con bastante brevedad- acerca de la entonces Base 20ª del Proyecto de Ley (63), para poner en claro el sentido de su pfo. 2º; el Sr. Albacete, miembro de la Comisión, manifestó que no era otro que evidenciar que *"todas las obligaciones procedentes de delito, es decir, todas las responsabilidades que sean la consecuencia directa de la comisión de un delito o falta, siquiera el delito sea por imprudencia temeraria, ó la falta tenga condiciones de mayor sencillez y mayor inocencia relativa, están definidos y comprendidos en el Código penal, y no se podrá entender que han de comprenderse en el Código civil"* ni, por tanto, habría que temer -en opinión del Sr. Albacete- que la Base diese lugar a confusión o duplicidad en la regulación de tal materia. A lo cual añadía: *"...en el Código civil no se contendrán más que aquellas reglas... ...que indiquen la responsabilidad que por razón de obligación ó contrato pueda nacer,... ..., pero que no impliquen delitos ni faltas,... los delitos y faltas han de estar donde estuvieron desde el Código de 1848, reformado en 1850; han de estar como siempre en el Código penal"* (64).

A mi juicio, todo ello no pone de manifiesto sino el hecho de que los redactores del Cc tenían que partir en materia de responsabilidad civil del respeto a la normativa ya establecida por el Cp, y de ahí la necesidad de deslindar el ámbito de aplicación de sus propias normas del de las del Cp, cuya existencia y virtualidad, lógicamente, había que acatar, y cuya extensión había

---

63 Vid. "El Código civil. Debates...", vol.I, cit., pgs. 439 a 441. Más que de una discusión, se trató de una aclaración del sentido de la Base -aclaración que haría el Sr. Albacete como miembro de la Comisión-, a solicitud del Senador Sr. Bravo.

64 Vid. "El Código civil. Debates...", vol. I, cit., pg. 44.

que determinar del modo más claro posible. Así, una vez que pareció verse clara la delimitación entre los presupuestos de aplicación de uno y otro cuerpo normativo, tal y como la presentó el Sr. Albacete, concluyó el debate a propósito de esta Base, que fue aprobada sin más discusión y sobre la que no se volvería en ningún otro momento. Por otra parte, para que sus consecuencias prácticas (posibles lagunas de regulación, eventuales contradicciones) se evidenciara, había que esperar a ver qué regulación se consagraba en el texto articulado del Cc. Pero tampoco entonces, esto es, tras la publicación de la primera edición o edición oficial del Cc por el Gobierno en 1888, esta cuestión fue objeto de particular atención en los debates parlamentarios que continuaron hasta 1889, y que darían lugar a la segunda edición o edición reformada del Cc: de hecho, una comparación de los arts. 1092, 1093, 1902 y 1903 de ambas ediciones evidencia nulas o mínimas -y en ningún caso significativas- variaciones.

En esta segunda fase, tan sólo el art. 1092 Cc fue objeto de atención. En efecto, RODRIGUEZ SAN PEDRO puso de relieve (65) que con dicha norma se estaba llevando fuera del Cc una materia propia del mismo, para *"dejarla allá perdida"* entre las disposiciones del Cp, disposiciones que, además, eran incompletas, ya que -señalaba el Diputado- *"el Código penal está redactado precisamente en sentido de que los efectos civiles del delito, esto es, la responsabilidad civil que el delito trae consigo, habrá de encontrar su desarrollo completo en el Código civil"* (el subrayado es mío), viniendo a concluir que con ello *"resulta que cosa tan importante como la responsabilidad civil nacida de delito no tiene legislación propia en ninguna parte"* (66); RODRIGUEZ SAN PEDRO también puso de manifiesto las diferencias que mediaban entre las regulaciones de ambos Códigos, v.gr., en cuanto al fundamento de la responsabilidad civil por actos ajenos.

65 Vid. "El Código civil. Debates...", vol. II, cit., pgs. 1783 y 1784 (Sesión del Congreso de 16.4.1889).

66 Op. cit., pg. 1783.

Pues bien, ninguna repercusión tuvieron estos comprensibles reparos, ni el tema al que iban referidos volvió siquiera a plantearse en debates posteriores.

Da la impresión, en definitiva, de que a lo largo de la redacción del Cc, no hubo verdadera conciencia acerca de los problemas que iba a plantear, no ya sólo la remisión a unas normas incompletas, como las del Cp, y la consagración de dos regímenes de responsabilidad civil no del todo coincidentes, sino tampoco los propios términos del art. 1092 Cc al establecer aquella remisión.

### C. Vías de integración.

Para superar la aparente separación que media entre las normas del Cc y el Cp, contamos con las vías previstas en el Título Preliminar del Cc para la integración del ordenamiento jurídico: concretamente, la aplicación del Cc como Derecho supletorio en las materias regidas por otras leyes (art. 4 pfo. 3º), y la aplicación analógica de las normas (art. 4 pfo. 1º).

Aun cuando el régimen de responsabilidad civil del Cp tenga el carácter de ley especial y por ello de aplicación preferente cuando el hecho dañoso está penalmente tipificado, es claro que no es completo. Ya MANRESA, en sus tempranos "Comentarios al Código civil español" que se acababa de promulgar, señalaba a propósito del art. 1092 (67): *"Se refiere el Código civil al penal, como precepto en primer lugar aplicable, ya que define y castiga los hechos origen de tales obligaciones, y determinando, por consiguiente, el nacimiento de éstas, viene á ser la ley que las declara, y, por lo mismo, de aplicación preferente. Pero luego, como al Código penal sólo toca é interesa determinar cómo la obligación civil que declara, nace y se desenvuelve influida por la*

67 Vid. sus "Comentarios al Código civil español", T. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1901, pgs. 27 y 28.

*condición de ilícito en el hecho de que arranca, y en la consiguiente de culpable en el sujeto que debe cumplirla, contiene sólo los preceptos en esos motivos inspirados, y... ..sin salirse de su esfera propia, no podía exponer todas las reglas referentes á dichas obligaciones, ni tenía para qué hacerlo, puesto que, salvada con las disposiciones que contiene la naturaleza peculiar de aquéllas, la esencia de las mismas, como con las demás obligaciones, debía quedar, como en éstas, definida por la ley civil, que así vendrá á ser para las derivadas de delito, fuente importante, aunque supletoria" (el subrayado es mío) (68).*

De ahí que -adelantando cuestiones sobre las que se volverá con más detenimiento- los arts. 1902 y 1903 Cc deban aplicarse como Derecho supletorio en los casos en que el hecho dañoso del hijo menor de edad pero mayor de 16 años sea uno de los tipificados como delito o falta (69). De otra parte, la aplicación del art. 20.1ª pfo. 2º Cp a los hechos dañosos de un menor no tipificados penalmente, puede justificarse en base a la analogía, pues es clara la identidad de razón entre el supuesto que regula y el, no previsto por el art. 1903 Cc, de insolvencia, falta o actuación no culpable de los padres; el recurso a la analogía no puede ser negado con base en el art. 4.2 Cc, porque las disposiciones del Cp

68 **MANRESA** pasaba después a exponer el sentido de alguna de las disposiciones del Cp en materia de responsabilidad civil, en las cuales se plasmaba lo que consideraba la "esencia" propia de las obligaciones por ellas reguladas; así explicaba la separación de los arts. 20 y 21 Cp (precedentes inmediatos de los actuales arts. 21 y 22 Cp) respecto de los criterios seguidos por el Cc en casos análogos, en base a "*la influencia de la severidad en la represión... ..severidad fundada en el origen ilícito de las obligaciones que declara*" (op. cit., pg. 28). Concluía este autor señalando que en todo lo no previsto por el Cp, e incluso en algunos de los aspectos regulados, "*por referencia expresa de los artículos que los exponen ó por insuficiencia de éstos, la obligación civil quedará sometida al Código de este orden*" (op. cit., pg. 29).

69 En este sentido, por lo que se refiere al art. 1903, vid. **ALONSO PRIETO, L.**: "Estudios de Derecho...", cit., pgs. 37 y 41 y ss.; y **SOTO NIETO, F.**: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 201, 204, 206 y 207; e **YZQUIERDO TOLSADA, M.**: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 172 y 173.

relativas a la responsabilidad civil no son normas penales, sino de carácter civil.

### 3. PROYECCIONES DE LA AFIRMACION DEL CONCURSO DE LEYES EN ESTE AMBITO.

Si el concurso de leyes implica que una misma pretensión puede fundamentarse en dos normas entre las cuales media una relación tal que la aplicación de una impide la aplicación simultánea de la otra, y si se entiende que entre Cp y Cc -en cuanto aquí interesa- media una relación de especialidad, ello determinará, por ejemplo, la aplicación del art. 20.1<sup>a</sup> Cp en lugar del art. 1903.2 Cc, cuando el acto dañoso del hijo menor de 16 años esté penalmente tipificado (70).

Para terminar, la configuración que aquí se mantiene de la relación entre las normas del Cp y Cc en materia de responsabilidad civil tiene por consecuencia el efecto de cosa juzgada material, que sólo puede darse en supuestos de concurso de leyes, nunca en los de concurso de acciones (71). Si las leyes que concurren fundamentan una única pretensión, es lógico que, admitida o denegada ésta por sentencia firme de un tribunal con

70 *ver* A.F. PANTALEON pone de relieve (vid. su comentario a la STS de 13.7.1984, cit., pg. 1963) que la Sala 1<sup>a</sup> del TS "no está dispuesta a desestimar una pretensión resarcitoria derivada de un hecho delictivo por la mera razón de que el perjudicado haya fundamentado su pretensión en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil. Bien dando a entender que el perjudicado puede optar por esa vía...Bien con el argumento de que, aplicando los preceptos penales, el fallo sería el mismo". Esta última argumentación es lo que el mismo autor denomina "doctrina del fallo justificado", aceptable -a su juicio- sólo si se parte de una situación de concurso de normas, siendo preciso para la admisión de tal doctrina, además, que no dé lugar a la indefensión del demandado, pues éste articulará su defensa en base a las normas fundamentadoras de la demanda (vid., a este respecto, el comentario del mismo autor a la STS de 19.6.1984, CCJC 1984, n° 6, 154, pgs. 1879 a 1881).

71 A propósito de este tema, vid. LENT, F.: "Die Gesetzeskonkurrenz im...", T.2, cit., pgs. 320 y ss.

base en una de aquéllas, el mismo demandante no podrá hacer valer de nuevo esa misma pretensión contra idéntica persona en un segundo proceso, simplemente por invocar la otra ley concurrente, pues sobre tal pretensión ya se ha decidido. En cambio, si concurren dos acciones distintas e independientes, hay también dos pretensiones diferentes (aunque puedan tener idéntico objetivo), por lo que, el que haya habido un pronunciamiento judicial acerca de una de ellas, no impide que pueda intentar hacerse valer la otra en un segundo proceso: entonces podrá, v.gr., no haber lugar a la segunda porque, al estimarse la primera, falte ya un interés digno de protección jurídica por quien trata de hacerlo valer en un nuevo proceso, pero nunca porque la primera sentencia surta efecto de cosa juzgada material respecto de aquél.

De ahí que se haya subrayado (1) la incongruencia de aquellas Sentencias del TS que, partiendo del concurso de las acciones de responsabilidad civil (extracontractual y *<ex delicto>*), entienden que hay cosa juzgada material cuando la víctima de un delito cometido por un menor mayor de 16 años condenado penalmente, ha acudido después a la vía civil recabando de los padres, con base en el art. 1903 Cc, la indemnización que no pudieron obtener del menor insolvente ni -en su caso- de los mismos progenitores; y es que, si se tratara de dos acciones distintas, ello presupondría que cada una serviría a una pretensión diferente, por lo que la desestimación de una en un primer proceso, no puede dar lugar a la excepción de cosa juzgada material al acudir a un segundo en el que se trata de hacer valer la otra pretensión, con apoyo en otras normas (2). Ello sólo es posible si se parte de la existencia de un concurso de leyes fundamentadoras de una única pretensión.

1 En este sentido, vid. los comentarios de A.F. PANTALEON a las SSTs de 28.1.1983, cit., pg.116, y de 10.3.1983, cit., pg. 457.

2 Coherente con este planteamiento es la SAP de Alicante (Civil) de 1.12.1986, a cuyo contenido ya aludí en la nota<sup>45</sup> de la pg.84 de este Cap.



Resumiendo: Se debe ir hacia la unificación de soluciones a lo que constituye un mismo problema, evitando que la elección de una u otra vía jurisdiccional por el perjudicado sea determinante del Derecho aplicable y del resultado en el caso concreto (3). El juez penal debe poder aplicar el Cc, igual que el juez civil las normas del Cp (4) y, aunque el hecho dañoso esté penalmente tipificado, también el Cc.

De ahí también que el plazo de prescripción de la acción deba ser uno solo, esto es, el de un año establecido en el art. 1968.2 Cc para la acción de responsabilidad civil aquiliana (5).

3 Vid. ALONSO PRIETO, L.: "Estudios de Derecho...", cit., pg. 37; y SOTO NIETO, F.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 201.

4 En este sentido, señala L. DIEZ-PICAZO que no existe una dificultad insuperable para que la jurisdicción civil pueda, al enjuiciar la responsabilidad civil, aplicar los preceptos penales (vid. su comentario a la STS de 25.2.1963 -a propósito de un supuesto de extinción de la acción penal por muerte del presunto culpable-, en EJC, T.I, cit., pg. 257).

5 Vid., a este respecto, los comentarios de A.F. PANTALEON a las SSTs de 28.1.1983, cit., pg. 116, y de 13.7.1984, cit., pgs. 1962 a 1964.

Vid., asimismo, CABANILLAS SANCHEZ, A.: Comentario a los arts. 1092 y 1093 Cc, cit., pgs. 223 a 225.

También a favor de la vigencia, en todo caso, del plazo de 1 año, se expresan L. ALONSO PRIETO ("Acerca del régimen...", cit., pg. 333), S. DIAZ ALABART ("La responsabilidad por...", cit., pgs. 886 y 890 a 894) y M. YZQUIERDO TOLSADA ("El perturbador art. 1092...", cit., pgs. 2129 y 2130).

CAPITULO IV

LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR AUTOR DEL ACTO DAÑOSO EN  
LOS ORDENAMIENTOS ALEMAN Y ESPAÑOL

**IV.1. LA RESPONSABILIDAD DEL MENOR EN DERECHO ALEMAN: EN PARTICULAR, LOS CRITERIOS DE IMPUTACION.**

**1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La producción de daños por un menor de edad conduce, en el ordenamiento alemán, al examen de las siguientes responsabilidades: en primer lugar, la responsabilidad por culpa del propio menor (§ 828 BGB); en un segundo paso, la responsabilidad por culpa de los obligados a la vigilancia del menor (§ 832 BGB); finalmente, y sólo cuando la indemnización no pueda exigirse a las personas mencionadas en último lugar, la responsabilidad por equidad del menor incapaz de culpa (§ 829 BGB).

Así pues, dos son los criterios de imputación de responsabilidad del menor: la culpa y la equidad. Su estudio es el objeto de las siguientes páginas.

## 2. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL MENOR

### 2.1. LOS §§ 828 Y 276 BGB.

- El § 276, establece como regla general en el Derecho de obligaciones el principio de la responsabilidad por culpa; el § 828 contiene una norma específica que afecta a la responsabilidad extracontractual por culpa de los menores de edad, puesto que regula su capacidad de imputación o capacidad de culpa (<Zurechnungs->, <Verschuldens-> o <Deliktsfähigkeit>).

Ambos son preceptos clave, ya que para que el menor responda por culpa es preciso -en opinión generalizada de doctrina y jurisprudencia-, tanto que sea imputable conforme al § 828, como que haya actuado culpablemente en el sentido del § 276.

- En cuanto a la imputabilidad, el § 828 establece la siguiente distinción:

- + El menor de 7 años no responde de los daños que ocasiona (pfo. 1º del § 828). Se presume iuris et de iure que los niños que no han llegado al séptimo año de vida no son capaces de comprender la trascendencia de sus actos (1).
- + El menor de 18 años que ya ha cumplido los 7 es civilmente responsable, a no ser que pruebe que cuando causó el daño no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad (pfo. 2 frase 1ª del § 828). Si el menor prueba este extremo, no deberá nada (2); en caso contrario y si, además, queda demostrada su

---

1 La única posibilidad de que un niño menor de 7 años de edad responda, es que concurren los presupuestos de la responsabilidad por equidad del § 829 BGB.

2 En esta hipótesis sólo podrá exigírsele responsabilidad, en su caso, por vía del § 829.

culpa en el sentido del § 276, habrá de responder en la misma medida que un adulto (*"Alles oder Nichts Prinzip"*).

Como se verá, el punto más conflictivo del § 828 es la interpretación de la expresión "discernimiento necesario para comprender la responsabilidad" (*"die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht"*) (3).

- El § 276, al regular la "responsabilidad por propia culpa" (*"Haftung für eigenes Verschulden"*) hace referencia al dolo y a la negligencia, si bien sólo de la última (*"Fahrlässigkeit"*) da una definición: "actúa negligentemente -establece en la frase segunda del pfo. 12- *quien no observa la diligencia exigible en el tráfico*". La carga de la prueba recae en la víctima del daño.

En este punto conviene abrir un paréntesis para ver cómo trata la doctrina alemana el tema de la ilicitud como presupuesto de responsabilidad.

Según el § 823.1 BGB, quien lesiona uno de los derechos o bienes jurídicos mencionados en el mismo precepto deberá indemnizar los daños producidos cuando haya actuado de forma ilícita y, además, dolosa o negligentemente. La cuestión es qué significan las expresiones "dolosa-", "negligente-" e "ilícitamente" en el § 823.1. La doctrina se divide en dos grandes grupos (4):

- 3 También ofrece dificultades la materialización de su prueba, a cuyo fin se utilizan la audiencia del menor por el tribunal (vid. al respecto la S. del OLG de Karlsruhe de 3.2.1954) o el dictamen de peritos psicólogos. Contra la validez de estos procedimientos desde un punto de vista psicológico, se ha indicado que un examen del niño que se verifica mucho tiempo después del evento dañoso (pudiendo tener lugar, mientras tanto, un desarrollo del menor o, por el contrario, una regresión motivada por la presión emocional desatada por los últimos acontecimientos) no es una vía adecuada para juzgar la capacidad de discernimiento con que contaba en el momento de ocasionar el daño (vid. WILLE, R. y BETTGE, F.: *"Empirische Untersuchungen zur..."*, cit., pg. 881).
- 4 Vid. al respecto la exposición de H. KÖTZ, en *"Deliktsrecht"*, cit., pgs. 36 a 41.

- a) Según la opinión anteriormente dominante, y que aún hoy cuenta con numerosos seguidores (5) y con el respaldo jurisprudencial, es ilícito aquel comportamiento que produce la lesión de una esfera jurídica ajena, siempre que no esté amparado por alguna causa de justificación. Comprobada la ilicitud del acto, se pasa al examen de la culpa, que engloba, tanto el del dolo y la negligencia conforme al § 276, como el de la imputabilidad.
- b) Frente a esta tesis se ha ido manifestando un número creciente de autores (6), que integran ya un amplio sector de opinión. A su juicio, un comportamiento no puede declararse ilícito por el mero hecho de que cause la lesión de un derecho o un bien jurídico; ésto es admisible sólo cuando se trata de actuaciones dolosas. Tratándose de actos negligentes, la ilicitud debe ir referida al comportamiento mismo y presupone que *"el responsable no observó la diligencia exigible en el tráfico al causar el daño (§ 276.1)"* (7); por tanto, quien se comporta observando tal diligencia no puede actuar

- 
- 5 Entre sus representantes se hallan E. DEUTSCH (vid. "Haftungsrecht", Band I, Carl Heymanns Verlag KG, Köln. Berlín. Bonn. München 1976, pgs. 100, 190 y ss.), K. LARENZ ("Lehrbuch des Schuldrechts", Band II, Bes. Teil, 12. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1981, pgs. 593 y ss.), P. HANAU (Comentario al § 276 BGB, en Münchener Kommentar, Band II, 2. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1985, pg. 653) y PALANDT-HEINRICHS ("Bürgerliches Gesetzbuch", 48. Aufl., Beck, München 1989, pgs. 320 y 321).
- 6 Entre ellos, H.C. NIPPERDEY ("Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht", NJW 1957, pgs. 1777 y ss.), J. ESSER y E. SCHMIDT ("Schuldrecht", Band I, All. Teil, 6. Aufl., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, pgs. 362, 363, 368 y 369), H.-L. WEYERS (vid. su obra conjunta con ESSER "Schuldrecht", Band II, cit., pgs. 471, 472, 474 y 475) y G. BRÜGGEMEIER ("Judizielle Schutzpolitik de lege data -Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts", JZ 1986, pgs. 974 a 977).
- 7 Vid. ESSER, J. y WEYERS, H.-L.: "Schuldrecht", Band II, Bes. Teil, cit., pg. 471.

ilícitamente y, en esta medida, el § 276.1 da la pauta de la ilicitud; de ahí que se defienda un cambio de la titulación de la responsabilidad derivada de los §§ 276 y 823: en vez de responsabilidad por culpa ("*Verschuldenshaftung*") debería hablarse de responsabilidad por el injusto ("*Unrechtshaftung*").

Cada una de estas líneas conduce a un enfoque distinto de la responsabilidad por culpa del menor. Conforme a la segunda (letra b), para que dicha responsabilidad surja, no basta con determinar su capacidad de discernimiento conforme al § 828.2, sino que, previamente, habrá de analizarse si en su actuación, no observó la diligencia exigible en el tráfico conforme al § 276; ello es así porque, no mediando tal circunstancia, faltaría ya uno de los presupuestos de responsabilidad, la ilicitud del acto, por lo que carecería de sentido preguntarse por la imputabilidad del menor agente. En cambio, para los defensores de la tesis a), sólo cuando se haya declarado la imputabilidad del menor tiene sentido indagar acerca de su culpa conforme al § 276, pues se parte de la idea de que un "incapaz de culpa" no puede actuar "culpablemente" (8).

- En cualquier caso, puesto que se admite que los §§ 828 y 276 consagran dos presupuestos distintos de responsabilidad, y aunque es innegable que existen líneas de unión (9), es preciso delimitar el ámbito de cada uno. La cuestión se plantea en cuanto a la responsabilidad del menor mayor de 7 años y la relación que media entre la capacidad de discernir del § 828.2 y la diligencia exigible en el tráfico conforme al § 276.1.2.

8 Así, v.gr., SCHÄFER, K.: Comentario al § 828 BGB, cit., pg. 681; vld. asimismo, LARENZ, K.: "Lehrbuch des Schuldrechts", Band I, All. Teil, 14.Aufl., Beck, München 1987, pg. 294. Esta línea es apreciable en muchas SS. BGH: como muestra, vld. las de 8.1 y 17.5.1957, y 23.2 y 16.3.1965.

9 Así lo destaca, v.gr., BÖHMER, E.: "Kann § 829 BGB auch bei einem einsichtsfähigen, aber schuldlosen Jugendlichen angewendet werden?", MDR 1964, pg. 278; y GEILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit, Verschulden und Billigkeitshaftung (§ 829 BGB)", FamRZ 1965, pg. 402.

## 2.2. LOS CONCEPTOS DE IMPUTABILIDAD Y DE NEGLIGENCIA. INTENTOS DE DELIMITACION Y DE ARTICULACION.

### A) PUNTOS DE PARTIDA.

- Al menos dos diferencias parecen, en principio, claras. En primer lugar, el "discernimiento necesario para comprender la responsabilidad" es un presupuesto subjetivo de responsabilidad, cuya determinación ha de ser individual y atender, ante todo, a la capacidad y circunstancias concretas del menor del que se trate. (10); aquí es donde se valora el dato de que, eventualmente, el grado de desarrollo intelectual del niño no alcance la media correspondiente a su edad (11). El § 828.2, en definitiva, dispensa una especial protección a los menores (12).

En cambio, la negligencia se concibe en un sentido objetivo y general (13), pues supone, en términos del § 276.1.2, no observar el cuidado "exigible" en el tráfico (que puede ser superior, por tanto, al usual o habitual); las características propias de quien actúa son irrelevantes (14). El carácter objetivo del concepto de

---

10 Aunque también consideraciones de orden general (partiendo de las facultades intelectuales que son habituales en los menores normalmente desarrollados de la misma edad) pueden jugar un papel relevante: en este sentido, vid. la S. BGH de 20.1.1987 y la del OLG Köln de 26.10.1988.

11 Vid. las SS. BGH 23.12.1953, OLG Zweibrücken 13.2.1980 y OLG Hamburg 20.2.1980.

Vid., asimismo, RAUSCHER, T.: "Haftung der Eltern für ihre Kinder -BGH, NJW 1984, 1958", JuS 1985, pg. 758; y SCHÄFER, K.: Comentario al § 828 BGB, cit., pg. 679.

12 En este sentido, entre otros, DEUTSCH, E.: "Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt", Heymanns Verlag, Köln 1963, pg. 146, y WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht", Duncker & Humblot, Berlin 1970, pg. 163.

13 Vid. al respecto DEUTSCH, E.: "Zurechnungsfähigkeit und Verschulden. Ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 829 BGB, JZ 1964, pgs. 88 y 89.

14 J. ESSER y E. SCHMIDT subrayan que la diligencia exigible es aquella que en una concreta situación resulta adecuada a las necesidades del tráfico, teniendo presentes la



negligencia en Derecho civil se ha justificado por las necesidades de fluidez y seguridad del tráfico jurídico, que precisan la tipificación de la diligencia exigible (15). Ello no obsta para que, tanto la doctrina como la jurisprudencia (16) alemanas mayoritarias, hayan admitido que las diferencias que median entre determinados grupos de personas justifica el establecimiento de distintos niveles de cuidado; esos niveles se fijan también a partir de una abstracción de los caracteres típicos de cada grupo, para cuya delimitación se ha acudido, esencialmente, a tres criterios: el ejercicio de una profesión u oficio, la creación o utilización de una fuente de peligro y lo elevado o lo reducido de la edad (17).

Así, resulta que la minoría de edad del autor de un daño es objeto de consideración tanto en el examen de la negligencia en el sentido del § 276.1.2 -conforme a la pauta objetiva y general de cuidado exigible a un grupo de edad-, como en el de la imputabilidad (§ 828).

---

previsibilidad y la evitabilidad del resultado (vid. "Schuldrecht", Band I, All. Teil, cit., pg. 369).

- 15 Vid. MEDICUS, D.: "Schuldrecht", I, All. Teil, 2.Aufl., Verlag C.H.Beck, München 1984, pgs. 136-7.

Asimismo WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden...", cit., pg. 389; este autor subraya que el concepto de negligencia del Derecho civil no es totalmente objetivo, por lo que el principio de protección del tráfico sufre en ocasiones una posposición en aras de otro fin: por un lado, hay siempre un elemento subjetivo integrado por la desaprobación y el reproche que merece el comportamiento negligente; por otro, el propio BGB otorga relevancia a determinados caracteres individuales de quien actúa, como la juventud o el estado mental (vid. pgs. 387 y 390 de la obra cit.).

- 16 A título de ejemplo, vid. la S. BGH de 21.5.1963.

- 17 Sobre este punto, vid. DEUTSCH, E.: "Zurechnungsfähigkeit und Verschulden...", cit., pg. 88.

En la S. de 20.2.1980, el OLG de Hamburg subraya que, si bien la medida para la diligencia exigida es objetiva, ello no impide el que deje "espacio para la consideración sobre todo de la edad, pero también de la formación y de las peculiaridades propias de determinados grupos".

- La segunda diferencia a que aludía líneas atrás es la relativa a la carga de la prueba: como ya he señalado, en el caso del § 828.2 recae en el propio menor; en el del § 276.1, en el demandante.

- Las cuestiones claves siguen estando, no obstante, en pie: qué se entiende por "*discernimiento para comprender la responsabilidad*" y cómo se articula este concepto con el de la negligencia. De ello me ocupo a continuación.

#### B) LINEAS JURISPRUDENCIALES.

- Se aprecia una evolución desde la tesis que mantuvo el Reichsgericht a la seguida por el BGH.

- El **E**, en S. de 8.12.1902, definió el "discernimiento de la responsabilidad" como "*el desarrollo intelectual que permite a quien actúa reconocer lo ilícito de su actuación frente a los demás, al tiempo que la obligación de tener que responder él mismo de algún modo por las consecuencias de su actuación*"; además, es una facultad que "*no se agota en la comprensión de la peligrosidad de la actuación, pero tampoco con la comprensión del ilícito inferido a los demás; más bien, abarca a ambas*".

Desde este punto de vista, para que un menor sea imputable conforme al § 828.2, debe ser capaz de comprender tres cosas: la peligrosidad del acto concretamente realizado (18) -presupuesto éste que, para el RG, es preciso también para que haya

---

18 El RG no exige (en general) una previsión exacta del concreto peligro o del tipo o forma del daño, sino que basta una representación general de que, mediante una concreta actuación, puede sobrevenir un peligro para una persona o una cosa (vid., p.ej., las SS. de 25.10.1906, 29.4.1909 y 1.7.1935).

negligencia conforme al § 276.1.2- (19), su ilicitud y la obligación de responder de las consecuencias (20).

- El BGH ha partido de la doctrina del RG, acogiéndola en algunos aspectos, apartándose en otros.

Igual que el RG, el BGH entiende que el menor es imputable conforme al § 828.2 cuando puede *"reconocer la ilicitud de su actuación y, con ello, la obligación de responder de alguna manera por las consecuencias de su acto"* (21).

La desviación de la tesis del RG tiene su causa en la necesidad de establecer una estricta separación entre "capacidad de discernimiento" y "culpa", idea acogida casi sin excepción por el BGH y los OLG a partir de 1945 (22). Puesto que el RG había apoyado en la posibilidad de reconocer la peligrosidad del propio acto tanto la capacidad de discernimiento como la negligencia, el BGH hubo de buscar un criterio que sirviera de base a la estricta separación que preconizaba. Así llegó a la disociación del concepto de "peligrosidad", distinguiendo entre un peligro "general" (o, quizá más exactamente, "en abstracto") y un peligro "concreto" o "particular". Desde tales presupuestos, el § 828.2 BGB se apoya en la capacidad de comprender que una actuación en general puede crear "cualquier tipo de peligro" (23). En cambio, la negligencia presupone que el menor mayor de 7 años, o bien reconoció la

19 Vid. al respecto GKILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pg. 402; y WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 77 y ss.

20 Basta con que sea capaz de entender que "de algún modo" va a tener que responder de los resultados de su acción: vid. SS. 8.12.1902, 10.2.1904 y 1.7.1935.

21 S. BGH de 17.5.1957; en idéntico sentido, y entre muchas otras, vid. las SS de 23.10.1952, 29.3.1960, 8.1.1965, 28.2.1984 y 20.1.1987.

22 Vid., v.gr., las SS. BGH de 23.10.1952, 23.12.1953 y 14.11.1978; y las de los OLG de Hamm, de 13.10.1953, y de München, de 30.4.1963.

23 En este sentido, v.gr., las SS. BGH de 17.5.1957, 8.1.1965 y 28.2.1984; también la S. OLG Bamberg de 12.3.1965 y la del OLG Zweibrücken de 13.2.1980.

concreta peligrosidad de su actuación en las particulares circunstancias en que ésta se desenvolvió (supuesto de negligencia "consciente" o "*bewußte Fahrlässigkeit*"), o bien debía haberla reconocido mediante el empleo de la diligencia exigible en el tráfico (negligencia "inconsciente" o "*unbewußte Fahrlässigkeit*") (24).

En definitiva, en el marco del § 828.2, se prescinde de las particulares circunstancias del supuesto, para examinar -atendiendo, eso sí, a las características individuales del menor- si éste tiene el discernimiento suficiente para reconocer que una determinada actuación-tipo (v.gr., montar en bicicleta en una calle, encender fuego al aire libre, tirar piedras, etc.) es en sí misma y en general peligrosa (25). Si a ello se añade que el BGH identifica el reconocimiento de este peligro general y abstracto con el de la obligación de responder (26), se comprende que sus decisiones afirmen -prácticamente por regla- la imputabilidad del menor. Sólo en el examen de la negligencia se investiga si, teniendo en cuenta

24 Vid. la S. BGH de 23.10.1952 y la del OLG München de 4.8.1959.

25 "La capacidad de discernimiento -subraya la S. BGH de 16.3.1965- *presupone solamente una comprensión general de que una actuación es peligrosa y puede fundamentar una responsabilidad*".

26 En efecto, el BGH ha declarado repetidamente que si un joven (el Tribunal alude a los menores de edad que ya han cumplido 7 años) conoce la peligrosidad general de su actuación, también conocerá, normalmente, que le serán exigidas responsabilidades si, a pesar de ello, actúa (en este sentido, entre otras, las SS. de 23.10.1952, 17.5.1957, 13.7.1962, 14.11.1978; como muestra de las decisiones de los tribunales inferiores, vid. la S. OLG Koblenz de 25.4.1980).

De igual modo que hizo el RG, el BGH no exige para el reconocimiento de la obligación de responder una apreciación de las consecuencias jurídicas y económicas de la actuación (SS. 23.12.1953 y 28.2.1984). El hecho de que el menor actúe contraviniendo previas advertencias o prohibiciones puede ayudar a la determinación de su responsabilidad, pero para ello es preciso también que el menor tuviera la madurez necesaria para comprender la responsabilidad derivada de la inobservancia de la prohibición; a estos efectos, no es suficiente la conciencia del riesgo de recibir un castigo paterno o escolar (S. OLG München 2.1.1953).

las particulares circunstancias del caso, el menor podía y debía haber previsto el peligro que derivaba de su actuación, teniendo en cuenta la diligencia exigible en el tráfico a todos los sujetos de su misma edad (27).

Veamos algún ejemplo tomado de la práctica judicial:

- + Se afirma la capacidad de discernimiento de niños de 7 y 9 años de edad, considerando que pueden comprender la peligrosidad de un juego consistente en lanzar palos; pero se niega su negligencia porque, teniendo en cuenta su edad, no podía exigírseles que previeran el inesperado comportamiento de la víctima (consistente, en un caso, en acercarse por detrás al menor de modo inadvertido para éste y, en el otro caso, en hallarse escondido detrás de un seto, de tal manera que el menor que arrojaba los palos no podía haber advertido su presencia) (SS. BGH de 16.6.1964 y 23.2.1965, respectivamente; un caso similar es el de la S. BGH 10.6.1960).
- + La comprensión de que un acto puede ser peligroso en general, queda probada cuando el propio menor adopta determinadas reglas de juego o de seguridad en previsión de posibles accidentes. Pero la misma adopción de tales medidas sirve para excluir la negligencia del menor, pues, por su escasa experiencia, no podía prever el concreto peligro que conllevaban sus actos ni que en la práctica iban a resultar insuficientes para eludirlo (28).

27 Vid. las SS. BGH de 21.5.1963 y 10.3.1970, y la del OLG Koblenz de 11.1.1980.

28 Tal fue el caso, p.ej., de la S. BGH de 17.5.1957: un niño de 13 años y medio que se hallaba jugando con otros en un terreno de escombros, descubre un artefacto y decide destruirlo; sabiendo que ello era peligroso, envía a los demás niños fuera del terreno, pese a lo cual uno de ellos -que se había asomado por un hueco- resultó herido. Otros supuestos de este tipo se recogen en las SS. BGH de 8.1.1957, 13.7.1962 y 21.5.1963.

+ Un joven de casi 15 años de edad es capaz de comprender el peligro general que conlleva arrojar tomates duros en una "batalla" entre amigos y, por tanto, responsable conforme al § 828.2 BGB. Sin embargo, se niega su culpa porque *"la probabilidad de la producción del resultado ilícito (un compañero perdió la vista de un ojo a consecuencia del golpe recibido por un tomate) era tan reducida, que tampoco habría hecho desistir del acto a una persona que actuara debidamente -con la diligencia a él exigible-"* (S. BGH de 23.10.1952).

- Un dato más sirve para delimitar los §§ 828.2 y 276.1.2 BGB. El primero sólo tiene en cuenta la madurez intelectual del menor, no la volitiva o capacidad de dirección. De ahí que los tribunales hayan desplazado el examen de esta última al marco del § 276.1.2 (29).

Para determinar esa madurez volitiva se valoran caracteres y reacciones propios de la menor edad (30): así, la atracción que una actividad puede ejercer sobre el menor, la absorción por la dinámica de un juego (31), la irritación que suele producir el

29 Vld. S. RG 29.4.1931; SS. BGH de 10.3.1970, 28.2.1984 y 20.1.1987; y S. OLG Oldenburg de 9.1.1986. En esta línea, la S. BGH de 23.10.1952 señala que los presupuestos de la negligencia son dos: por un lado, el conocimiento de la peligrosidad del acto no permitido o el negligente desconocimiento de la misma; y, por otro, la exigibilidad de comportarse de acuerdo con tal conocimiento (vid., en sentido similar, la S. BGH de 17.12.1963 y la del OLG Koblenz de 11.1.1980).

Sobre este tema, vid. WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 64 y ss.

30 En este sentido, la S. BGH de 28.2.1984.

31 Vld., v.gr., la S. OLG Hamm de 22.6.1987 y la del OLG Koblenz de 25.4.1980; en este último caso el tribunal entendió que la niña de 9 años que se hallaba jugando con una pelota al lado de una vía de circulación, no se encontraba de tal modo absorbida por la inclinación al juego, como para que no pudiera actuar conforme a su conocimiento del peligro que suponía el riesgo de que la pelota fuera a dar a la vía. Sobre

hecho de ser molestado por alguien más joven o el rechazo instintivo de las agresiones con los mismos medios (32), la falta de cuidado o la despreocupación infantiles (33), etc.

- A la vista de la práctica judicial expuesta se constata, por una parte, que la casuística es enorme, fundamentalmente por lo que se refiere a los niveles de diligencia exigibles por grupos de edad (34). Y, por otra, que existe una clara tendencia a afirmar prácticamente siempre la imputabilidad del menor mayor de 7 años, en base al reconocimiento en abstracto de un peligro, para decidir su responsabilidad en el marco del § 276.1.2 a partir, por consiguiente, del conocimiento de la concreta peligrosidad del acto y de la capacidad de comportarse conforme al mismo, de acuerdo con los patrones típicos exigibles a cada grupo de edad (35).

Las consecuencias más ostensibles de esta línea jurisprudencial son dos: por un lado, parece dejar sin función al § 828.2. Por otro, provoca problemas en la aplicación del § 829 BGB que, al regular la responsabilidad por equidad, parte del presupuesto de

---

la "*natural tendencia al juego*" del niño, vid., asimismo, la S. BGH de 22.11.1966.

32 Las dos últimas circunstancias mencionadas en el texto se recogen en la S. BGH de 23.10.1952, ya mencionada, y en la que un joven de 15 años lesiona a otro en un ojo al lanzarle un tomate que, previamente, le había sido arrojado a él mismo.

33 Vid. la S. OLG Schleswig de 1.10.1974.

34 Para un detallado repaso de la jurisprudencia relativa a la diligencia exigible a los menores de edad mayores de 7 años, vid. BOSCHER, W.: "Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern -Eine Übersicht über die Rechtsprechung-", VersR 1964, pgs. 895 a 898; para una enumeración de casos relativos a la capacidad de discernimiento del § 828.2, vid. WUSSOW, W.: "Unfallhaftpflichtrecht", 13.Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln. Berlin. Bonn. München, 1985, pgs. 196 a 199; vid. asimismo, sobre ambos extremos GEIGEL, Reinhart: "Der Haftpflichtprozess mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts", 19.Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986, pgs. 443-8; y SCHÄFER, K.: Comentario al § 828 BGB, cit., pgs. 680-3.

35 Vid., en este sentido, LARENZ, K.: "Lehrbuch des Schuldrechts", Band I, All. Teil, cit., pg. 295.

que el actor, "no sea responsable según los §§ 827 u 828"; al afirmarse casi sistemáticamente la responsabilidad conforme al pfo. 2 del § 828, falta ese presupuesto de aplicación del § 829 (36).

### C) REVISION DOCTRINAL.

- La doctrina se ha expresado generalmente en una línea bastante crítica, tanto respecto de la jurisprudencia (b), como de la redacción misma del § 828.2 BGB (a).

a) El texto del § 828.2. La fórmula "*discernimiento preciso para comprender la responsabilidad*" se copió del entonces vigente § 56 StGB, que regulaba la imputabilidad penal (37). Por este hecho quedó frustrado el propósito del codificador civil de determinar en el § 828.2 las condiciones psicológicas del menor que debían servir de base a su responsabilidad: en realidad, el precepto sólo toma en cuenta la capacidad del menor de comprender la sanción jurídica de sus actos, consistente, en este caso, en la responsabilidad civil, en lugar de la capacidad de comprender la ilicitud de los mismos (38).

- Esta ha sido una razón para acusar al § 828.2 de ser un precepto anticuado. Otra es que no tiene en cuenta la "capacidad de dirección" del menor, lo cual obliga a aludir nuevamente al Derecho penal. En 1923 el § 56 StGB se vió alterado por el § 3 JGG, en virtud del cual y de los §§ 20 y ss. del StGB, se ha de tener en cuenta para el examen de la responsabilidad penal del menor, no sólo su desarrollo intelectual, sino también su capacidad

36 La problemática planteada respecto del § 829 se analiza con más detalle en las pgs. 150 ss, al estudiar la responsabilidad por equidad.

37 Vid. al respecto WAIBEL, en "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 55 y ss.

38 No obstante lo señalado en el texto, recuérdese la interpretación laxa que de la comprensión de la responsabilidad como comprensión de la obligación de responder "de alguna manera" ha desarrollado la jurisprudencia.



de actuación conforme a tal discernimiento. Pues bien, gran parte de la doctrina alemana se ha manifestado a favor de una adaptación del § 828.2 a la regulación penal en el sentido de incluir en él la consideración de la capacidad de dirección<sup>(39)</sup>. En esta línea, subraya E. WAIBEL<sup>(40)</sup> que en un sistema de responsabilidad civil que, bajo la consigna de la protección del tráfico jurídico, se apoya en un principio de culpa objetiva (§ 276.1.2 BGB), tiene pleno sentido insertar como norma excepcional el § 828.2, que introduce un criterio subjetivo de imputabilidad, con el fin de dispensar una protección especial a los menores de edad. Este fin justifica, a juicio de este autor, la adaptación del precepto civil (§ 828.2 BGB) al § 3 JGG.

Desde el punto de vista opuesto a tal adaptación se ha subrayado, sin embargo, que la vigente versión del § 828.2 BGB dispensa ya suficiente protección al menor, por lo que no es preciso reforzarla aún más<sup>(41)</sup>.

39 Participan de esta opinión, v.gr., KOEBEL ("Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen", NJW 1956, pg. 970), G. GEILEN ("Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pgs. 401-2), J. ESSER y E. SCHMIDT ("Schuldrecht", I, All. Teil, cit., pg. 371) y D. BERNING ("Haftungsfragen bei von...", cit., pgs. 13 y 14). Esta misma era la solución adoptada en un Proyecto de Ley del año 1967, para la modificación y complemento de preceptos relativos a la reparación de daños. En una línea similar, aunque dando un paso más, MEZGER considera que el vigente § 828.2 puede aplicarse por analogía cuando el menor puede comprender su responsabilidad, pero no tiene la capacidad precisa para actuar conforme a ello; a su juicio, ambos tipos de deficiencias implican una falta de libre determinación de la voluntad que, en todo caso, reposa sobre una inmadurez intelectual (vid. "Haftet ein zurechnungsfähiger Jugendlicher nach § 829 BGB, wenn ihn wegen der typischen Eigenarten seiner Altersgruppe kein Verschulden trifft?", MDR 1954, pg. 598).

40 Vid. "Die Verschuldensfähigkeit...", cit., pgs. 172 y ss.

41 Vid., en este sentido, DEUTSCH, E.: "Haftungsrecht", Band I, cit., pg. 300, y RAUSCHER, T.: "Haftung der Eltern...", cit., pgs. 758-9.

A la inclusión de la "capacidad de dirección" en el § 828.2 BGB también se han opuesto reparos desde un punto de vista médico-psiquiátrico, por la dificultad de su determinación, dificultad aún mayor tratándose de un niño al que se examina bastante tiempo después de la realización del acto dañoso (en

- Las críticas doctrinales afectan también a la extensión de la responsabilidad por culpa del menor. Como ya se ha señalado, rige en este punto el llamado "*Alles oder Nichts Prinzip*"<sup>(42)</sup> que, por lo que se refiere a los menores de edad, se presenta como particularmente conflictivo cuando hay un gran contraste entre lo insignificante de la culpa y la entidad de los daños<sup>(43)</sup>.

- Un Proyecto de Ley del año 1967, para la modificación y complemento de preceptos relativos a la reparación de daños, preveía dos remedios para esta cuestión:

1. El mismo § 828.2 permitía la apreciación de una "*imputabilidad reducida*" (cuando el menor tuviese "*el discernimiento para comprender la responsabilidad*" en inferior medida que un adulto), a efectos de que el juez pudiera reducir la indemnización, si ello parecía equitativo<sup>(44)</sup>.
2. La otra vía era una cláusula general de reducción, que legitimaba al juez para limitar la indemnización cuando el daño producido fuera extraordinariamente elevado en consideración de las circunstancias fundamentadoras del deber de reparar, teniendo en cuenta también los justos intereses del acreedor (pfo. 1 del proyectado § 255).

---

este sentido, vid. WILLE, R. y BETTGE, F.: "Empirische Untersuchungen...", cit., pgs. 881-2).

42 Vid. pg. 125 de este Apartado IV.1.

43 Vid. acerca de esta cuestión WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 164 y ss., y la bibliografía recogida en la nota 36 de la pg. 164 del mismo.

44 En contra de la relación proporcional entre culpabilidad y medida de la responsabilidad que implica esta solución se manifiesta, entre otros, E. WAIBEL: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 166-7.

La responsabilidad ilimitada del menor conforme al § 828.2 BGB ha motivado recientemente el planteamiento de una *<Vorlagebeschluss>*, equivalente a una cuestión de constitucionalidad en nuestro Derecho. La cuestión fue presentada por el OLG de Celle el 26.5.1989 y aún no ha sido resuelta por el BVerfG. El OLG estima inconstitucional la responsabilidad ilimitada del menor (por ir contra los arts. 1.2 y 6.2 frase 2ª GG, relativos a la dignidad humana, la libertad personal, derecho a la vida y a la integridad física y vela estatal por el cuidado de los hijos), cuando se dan los siguientes presupuestos: 1º) que de parte del menor sólo hubiese mediado negligencia leve; 2º) que tal responsabilidad perjudique grave y duraderamente su existencia económica; y 3º) que la víctima pueda ser indemnizada por un tercero (p.ej., un asegurador).

Como posibles soluciones al tema, el OLG sugiere, además de las ya apuntadas por el Proyecto de Ley de 1967, el establecimiento de un seguro estatal o la imposición a los padres de un seguro privado de responsabilidad para sus hijos.

Queda por ver cuál será la solución que adopte el BVerfG (45).

---

45 El planteamiento del OLG ya ha suscitado algunas reservas: vid. la nota de Egon LORENZ a esta *<Vorlagebeschluss>*, en VersR 1989, pgs. 711 a 713; este autor se centra en el tema del seguro: la tesis del OLG implica, por una parte, que el dañante asegurado respondería más estrictamente que el no asegurado y, por otro, que en el caso de que aquél no estuviese cubierto por un seguro, la limitación de la responsabilidad conllevaría la ampliación de la carga del asegurador de la víctima; además, en la hipótesis de que - como ocurría en el supuesto que dió lugar a esta *<Vorlagebeschluss>*- fueran dos los causantes del daño y uno de los dos estuviera cubierto por un seguro de responsabilidad, ¿cómo incidiría en la obligación de responder de éste la limitación de la obligación del otro responsable no asegurado?, ¿no se habrían de aplicar las reglas propias de la solidaridad que media entre ambos?.

b) Las críticas doctrinales a la jurisprudencia no se dirigen tanto contra las soluciones concretas de cada caso, como contra el modo de razonar para fundamentarlas, la interpretación de los §§ 828.2 y 276.1.2 y sus implicaciones.

- En primer lugar, se critica la diferenciación entre peligrosidad en abstracto y peligrosidad concreta de un acto a los efectos de delimitar el discernimiento del § 828.2 de la negligencia del 276.1.2.

Por un lado, se trata de una distinción de dudosa utilidad práctica (1). En muchos de los supuestos de daños ocasionados por menores, su comportamiento entendido como "acción-tipo" es inocuo, y las consecuencias lesivas se producen únicamente por las particulares circunstancias concurrentes en un caso concreto; en puridad no podría hablarse aquí ni siquiera de peligrosidad en abstracto.

Por otro lado, la tesis jurisprudencial que identifica el reconocimiento de la abstracta peligrosidad de un acto con la comprensión de la ilicitud, deja sin sentido a esta última noción. Como ya se indicó, para el BGH la comprensión de la ilicitud existe también en los supuestos en que media un error sobre el deber de cuidado (casos en que el menor adoptaba ciertas reglas en previsión de daños y esas reglas se mostraban después insuficientes), o incluso en los supuestos en los que se había cumplido objetivamente con tal deber (porque, como en el caso de la "batalla de tomates" [S. BGH de 23.10.1952] *"tampoco una persona que actuara conforme a su deber se habría abstenido de la acción"*). En estos supuestos, se aprecian claramente las incongruencias a que conduce basar el reconocimiento de la ilicitud en la simple comprensión de que de una actuación en abstracto puede derivar algún peligro. Muchos juegos y deportes

---

1 Vid. al respecto WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 108 a 115.

encierran peligros y no por ello puede considerarse ilícita la participación en los mismos, sino que ello depende de que se observe o no el cuidado exigible en cada caso (2). Concluyendo: la capacidad de comprensión de la ilicitud del acto significa, en las actuaciones negligentes, capacidad para el reconocimiento de un deber de cuidado (3); así, lo que habrá que indagar en cada caso no es sólo si el niño podía vincular algún tipo de peligro a la acción que realizaba, sino, fundamentalmente, si, además, sabía que no debía actuar del modo en que lo hizo porque, de lo contrario, podía ocasionar un daño (4).

- En definitiva, el BGH, a la par que desarrollaba una creciente diferenciación en el examen de la culpa (5), ha ido vaciando de contenido el concepto de *"discernimiento necesario para comprender la propia responsabilidad"*, al identificarlo con un *"reconocimiento de la general peligrosidad"* que no dice nada.

D) CONCLUSIONES: EL § 828 BGB COMO NORMA EXCEPCIONAL DE PROTECCION AL MENOR DE EDAD.

- Recapitulando, en el Derecho de obligaciones, el § 276.1.2 BGB consagra un concepto objetivo de negligencia, en aras del buen funcionamiento del tráfico jurídico. En este marco, el legislador quiso otorgar una situación privilegiada a personas necesitadas de una particular protección, como los menores de edad (6): con esa

2 A propósito de la problemática general que plantea la relación entre deporte y responsabilidad, vid. DEUTSCH, E.: "Sport und Recht", VersR 1989, pgs. 220 y 221.

3 Vid., especialmente, GEILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pgs. 403, 404 y 406; asimismo, WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 115-20 y 123 y ss.

4 Vid. BÖHMER, E.: "Kann § 829 BGB auch bei...", cit., pg. 279.

5 Vid. GEILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pgs. 402 y 405; y WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit des...", cit., pgs. 134 y 159.

6 Vid. ESSER, J. y WEYERS, H.-L.: "Schuldrecht", B.II, Bes. Tell., cit., pg. 475.

El privilegio que otorga el § 828 no implica, sin embargo, que el dañado quede en una situación desventajosa: por un lado,

finalidad prioritaria de protección, y como presupuesto adicional de responsabilidad, se configura el § 828 BGB, que exige un examen individualizado de la persona del menor para pronunciarse acerca de su responsabilidad (7).

- Sin embargo, hay que tener en cuenta el efecto que la estandarización de la diligencia exigible en el marco del § 276.1.2 ejerce sobre la norma del § 828.2.

Como ya sabemos, la pauta de diligencia conforme a la que se va a medir la actuación del menor viene determinada por el cuidado exigible a uno normalmente desarrollado de su misma edad, teniendo en cuenta tanto la capacidad de entendimiento como la de actuación conforme al mismo. Puesto que el grado de cuidado exigible a un menor será inferior al exigible a un adulto, la consideración de la minoría de edad ya en el marco del § 276.1.2 tiene como primera consecuencia la ampliación del número de supuestos en que el acto del menor se considerará lícito y en los que, por consiguiente, ya no será necesario proceder al examen de la imputabilidad. En tales casos, la única vía para exigir eventuales responsabilidades del menor, la ofrecería la aplicación analógica del § 829 (8).

---

la prueba de la inimputabilidad es a cargo del propio menor; por otro, aún en el caso de que éste no responda por culpa, el lesionado puede obtener reparación de los obligados a la vigilancia del niño (§ 832) o, en último término, de éste mismo, en base al § 829 BGB.

7 Vid. al respecto WAIBEL, E.: "Die Verschuldensfähigkeit...", cit., pgs. 163 y 173 y ss.; y WEYERS, H.-L.: "Unfallschäden...", cit., pgs. 387 a 390.

8 Sobre la posibilidad de aplicación analógica a este grupo de supuestos, vid. pgs. 150 de este Apartado IV.1. Como ya se habrá advertido, *supra* parto del planteamiento de aquel sector doctrinal que considera ilícito el comportamiento negligente conforme al § 276.1.2; partiendo de la tesis que separa ambos presupuestos, el resultado práctico final no se vería afectado y la primera consecuencia a que aludo en el texto sería, en este caso, la ampliación de supuestos en que la actuación del menor no se consideraría culpable.

La necesidad de examinar la imputabilidad del menor surgirá, por consiguiente, sólo cuando su actuación se considere dolosa o negligente en el sentido del § 276. Ahora bien, si su comportamiento se ha calificado de negligente y se trataba de un menor "normal" para su edad, no se ve muy claro qué es lo que el § 828.2 aporta de nuevo al análisis, pues para apreciar tal negligencia, ya se habrá investigado (y constatado) su capacidad de discernimiento (la de un menor de sus años). En tales casos, parece que al § 828.2 no le queda misión alguna que cumplir puesto que, además, sólo tiene en cuenta la capacidad intelectual del menor, no su capacidad volitiva.

Habiéndose afirmado el actuar negligente del menor conforme al § 276.1.2, su imputabilidad en el sentido del § 828.2 sólo quedaría excluida, cuando su capacidad de discernimiento (o madurez intelectual) estuviera por debajo de la propia de su edad, por tanto, ya no por una razón vinculada al dato de la edad, sino al desarrollo mental determinado por causas ajenas a aquélla (integrable, más bien, en el § 827 BGB). De ahí que pueda afirmarse que la ponderación de la minoría de edad ya en el marco del § 276.1.2 deja prácticamente sin virtualidad al § 828.2.

### 3. LA RESPONSABILIDAD POR EQUIDAD DEL MENOR DE EDAD (<BILLIGKEITSHAFTUNG>).

Se recoge en el § 829 BGB, según el cual: "Quien, según los §§ 827 u 828, no es responsable del daño que causa en uno de los casos designados en los §§ 823 a 826, debe, no obstante, y siempre que la reparación del daño no pueda obtenerse de un tercero obligado a la vigilancia, reparar el daño en cuanto la equidad según las circunstancias, en particular según las relaciones entre los afectados, exija una indemnización y no quede desprovisto de los medios que precisa para su adecuado sustento, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos".

Las razones que justifican la exclusión de la responsabilidad conforme al § 828 ya las conocemos; en cuanto al § 827, declara no responsable a quien infiere los daños en estado de inconsciencia o de una alteración patológica de la aptitud mental que excluya la libre determinación de la voluntad, siempre que no haya caído en tal estado mediando su culpa. A los efectos del presente estudio, interesa la exclusión de responsabilidad por culpa del menor en base al § 828.

#### 3.1. CARACTER DE LA RESPONSABILIDAD POR EQUIDAD Y RATIO DEL § 829 BGB.

- Las discusión dogmática gira fundamentalmente en torno a la justificación y ordenación de la responsabilidad por equidad dentro del sistema general del Derecho de la responsabilidad extracontractual. Para algunos (9), se trata de una forma independiente de responsabilidad que opera junto a las otras dos existentes en el ordenamiento alemán, la basada en la culpa y la objetiva, constituyendo una excepción al principio de culpa (10).

9 Así, v.gr., SCHÄFER, K.: Comentario al § 829 BGB, en Staudingers Komm., cit., pgs. 689 a 692.

10 En este sentido, vid. PALANDT-THOMAS: Comentario al § 829, en "Bürgerliches Gesetzbuch", 48.Aufl., cit., pg. 959; y la S. BGH de 10.4.1962.



En cambio, otros autores (11) consideran que el § 829 no consagra un criterio autónomo de imputación de responsabilidad, sino que cumple la función de suavizar la dureza de los resultados a que la estricta aplicación de los §§ 827 y 828 puede conducir, abarcando dos tipos de supuestos (12): cuando se trata de una persona que, siendo inimputable conforme a los §§ 827 u 828, no obstante actuó con un cierto grado de comprensión y dominio de la voluntad, nos hallamos ante una responsabilidad por culpa "debilitada" (debilitada, porque es subsidiaria y depende de consideraciones de equidad) (13); cuando el grado de incapacidad es tal que excluye el mas mínimo control de la voluntad, se trata de una responsabilidad objetiva basada en el peligro derivado de la situación personal del autor del daño.

- Desde uno u otro planteamiento surge la misma cuestión relativa a la ratio del precepto. Así, se habla de una responsabilidad fundada en los peculiares caracteres -un tanto anómalos- de estas personas (14), de la necesidad de un contrapeso al privilegio que les confiere su inimputabilidad (15) y de la exigencia de una justa distribución de los daños (16).

En el fondo, parece subyacer una misma idea en toda explicación del precepto: si, respecto de los principios generales de la

- 11 En este sentido, vid. LARENZ, K.: "Lehrbuch des Schuldrechts", B.II, Bes. Teil, cit., pgs. 598 y 599.
- 12 Vid. DEUTSCH, E.: "Zurechnungsfähigkeit...", cit., pgs. 88 y 89; y, del mismo autor, "Haftungsrecht, Band I, cit., pg. 313.
- 13 En este sentido, vid. HEINSHEIMER, K.: "Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des Bürgerlichen Gesetzbuchs", AcP 95 (1904), pgs. 254 y 255.
- 14 Se alude a una responsabilidad "*por la propia anomalía*" (RÜMELIN, M.: "Schadenersatz ohne Verschulden", Mohr, Tübingen 1910, pgs. 52 y 53), "*por la propia personalidad*" (vid. ESSER, J. y WEYERS, H.-L.: "Schuldrecht", B.II, Bes. Teil., cit., pg. 476), o por el riesgo especial que implica su peculiar situación (BAR, Ch. von: "Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im dt. Deliktsrecht", Heymann, Köln 1980, § 5 III 5 b).
- 15 Vid. DEUTSCH, E.: "Zurechnungsfähigkeit...", cit., pg. 89.
- 16 En este sentido se expresa, v.gr., K. SCHÄFER en su comentario al § 829, cit., pgs. 690 y 691.

responsabilidad por culpa, los §§ 827 y 828 introducen normas especiales cuyo objeto es otorgar una especial protección a las personas a que se refieren, era precisa otra norma que paliase las injusticias a que podía conducir su inimputabilidad en determinados supuestos, particularmente en aquéllos en que la situación económica del irresponsable fuera de modo evidente más favorable que la del dañado (17). No hay que olvidar que el conflicto de intereses se plantea entre una persona que, si bien es inimputable, ha causado un daño objetivamente ilícito, y una víctima absolutamente inocente. Cuando ésta no puede obtener la reparación de los terceros con deber de vigilancia y tampoco está en condiciones de afrontarla por sí misma, parece justificada la posibilidad de exigir una indemnización equitativa (total o parcial) del inimputable que cuente con medios económicos suficientes para ello (18).

- En la medida en que el § 829 introduce una salvedad a la irresponsabilidad de los inimputables, se ha puesto de relieve el carácter excepcional del precepto. Consecuencia de dicho carácter es que la carga de la prueba de las circunstancias que justifican recaiga esencialmente sobre el demandante; él es quien ha de probar que ha sido realizado un acto ilícito lesivo, que la reparación no puede obtenerse de un tercero con deber de vigilancia y que la equidad exige dicha reparación; a cargo del demandado queda la prueba de que el cumplimiento de la obligación de indemnizar le privaría de los medios precisos para su adecuado sustento o para la satisfacción de sus obligaciones legales de alimentos.

No obstante el carácter excepcional del § 829, los tribunales y la doctrina mayoritaria no han excluído la posibilidad de aplicación

17 Vid., en esta línea, **MERTENS**: Comentario al § 829 BGB, en Münchener Komm., Band 3.2, 2.Aufl., Beck, München 1986, pg. 1397.

18 Vid. **KNUTEL, R.**: Comentarios a las SS. del BGH de 24.4.1979 y de 18.12.1979, JR 1980, pgs. 20 y 463, respectivamente. En esta línea, vid., v.gr., la S. OLG Stuttgart 20.3.1956.

analógica del precepto en algunos supuestos particulares (19), fundamentalmente, y por lo que se refiere al tema de este estudio, en los dos siguientes: 1) En aquellos casos en que el menor no responde por no haber actuado culposamente en el sentido del § 276 (20); y 2) en el marco del § 254 BGB (regulador de los supuestos en que la propia víctima concurre en la producción del daño), a los efectos de determinar una posible reducción -por razones de equidad- de la indemnización que corresponde al dañado menor de edad (21). Sobre ello vuelvo en otros puntos de este estudio.

- 
- 19 En este sentido, vid. las SS. BGH de 10.4.1962 y 26.6.1973. Sobre la aplicabilidad por analogía del precepto en general, vid. MERTENS: Comentario al § 829 BGB, cit., pg. 1397, y SCHAFER, K.: Comentario al § 829 BGB, cit., pgs. 691 y 692.
- 20 Sobre este tema, vid. pgs. 150<sup>ss</sup> de este Aptdo. IV.1.
- 21 Vid. al respecto las pgs. 360<sup>ss</sup> del Aptdo. VI.1.

### 3.2. PRESUPUESTOS DE APLICACION DEL § 829 POR LO QUE SE REFIERE A LOS MENORES DE EDAD

#### A) COMISION DE ALGUNO DE LOS ACTOS LESIVOS SEÑALADOS EN LOS §§ 823 A 826 POR UN MENOR INIMPUTABLE EN BASE AL § 828. POSIBILIDAD DE APLICACION ANALOGICA DEL § 829 CUANDO EL MENOR IMPUTABLE NO ACTUO NEGLIGENTEMENTE CONFORME AL § 276

- Presupuesto de la responsabilidad por equidad del menor es que éste no sea responsable en base al § 828, esto es, que aún no haya cumplido los 7 años, o que, habiéndolos cumplido, carezca del discernimiento necesario para comprender la responsabilidad.

- Ha de tratarse, además, de *"alguno de los casos designados en los §§ 823 a 826"*. Debe concurrir, por consiguiente, un requisito objetivo: la realización de uno de los actos allí descritos (22), punto éste sobre el cual no se discute. La polémica surge por cuanto se refiere a los demás presupuestos de responsabilidad, distinguiéndose dos líneas de opinión:

a) Para la tesis minoritaria (23), es precisa la concurrencia de un requisito subjetivo, entendido como culpa "natural" del menor que, si bien no es suficiente para afirmar la imputabilidad, supone una cierta "capacidad de querer" por parte de quien ocasionó el daño.

22 Se trata de lo que en Derecho alemán se denomina *"Tatbestand"* (vid. al respecto LARENZ, K.: *"Lehrbuch des Schuldrechts"*, B.II, Bes. Teil, cit., pg. 591).

23 Tesis representada, entre otros, por K. HEINSHEIMER (vid. *"Die Haftung Unzurechnungsfähiger..."*, cit., pgs. 238 y ss., 246, 247 y 254); H.-J. BRUNS (vid. *"Zur Problematik rausch-, krankheits- oder jugendbedingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330 a, 42 b StGB, 829 BGB)"*, JZ 1964, pgs. 478, 479 y 482; en idéntico sentido, vid. PLANCK'S KOMM. zum BGB, II Band, 2 Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Bes. Teil), 4.Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin y Leipzig 1928, pg. 1773).

b) Frente a esta tesis, que apenas si ha tenido algún eco en los tribunales (24), es criterio dominante en doctrina (25) y jurisprudencia (26) considerar innecesaria la exigencia subjetiva de una culpa "natural" del menor.

Si bien dentro de este sector de opinión pueden advertirse formas de argumentación sensiblemente diferentes, subyace en todo él una idea común: en su interpretación literal, y por lo que se refiere a la responsabilidad de los menores, el § 829 obvia tan sólo el requisito de la imputabilidad conforme al § 828; es decir, para que pueda establecerse la responsabilidad por equidad del menor, su actuación ha de ser tal que, pensada como la de una persona imputable, reuniría todos los requisitos precisos para la responsabilidad por culpa.

Es necesario, por consiguiente, que la actuación del menor sea ilícita. Ahora bien, aquí se proyectan las distintas interpretaciones que del concepto de ilicitud se han desarrollado en la doctrina alemana (27). Así, para algunos autores, la actuación lesiva deberá ser "*ilícita al menos en el sentido de infracción de la diligencia*" (28). Para otros, en cambio, la ilicitud del acto se concreta en la efectiva lesión de una esfera jurídica ajena, de modo que el juicio

---

24 A la noción de "*culpa natural*" hace referencia el BGH en S. de 24.6.1969, si bien no menciona en absoluto qué quiere decir con ella; en cambio, la S. del LG Mosbach de 20.8.1985, la interpreta como "*una especial intensidad de la agresión e intervención*".

25 En esta línea se manifiestan, entre otros, E. HÖCHSTER ("*Grenze der Haftung...*", cit., pgs. 427 y ss., en particular 434 y 436), K. LARENZ ("*Lehrbuch des Schuldrechts*", Band II, Bes. Teil, cit., pg. 598), K. SCHÄFER (Comentario al § 829 BGB, cit., pgs. 696 a 698) y PALANDT-THOMAS ("*Bürgerliches Gesetzbuch*", 48. Aufl., cit., pg. 959).

26 Vid., v.gr., la S. BGH 13.6.1958 y la del OLG Köln de 22.10.1980.

27 Vid. pgs. 125 a 127 de este Aptdo. IV.1.

28 Vid. ESSER, J. y WEYERS, H.-L.: "*Schuldrecht*", B.II, Bes. Teil., cit., pg. 475.

acerca de la observancia de la diligencia debida se efectúa en el marco del examen de la culpa (29).

Pero, independientemente de dónde quiera encuadrarse el § 276, siempre será necesario para la aplicación del § 829 que el menor no haya observado la diligencia exigible en el tráfico a los menores normalmente desarrollados de su misma edad (esto sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de la aplicación analógica del § 829).

Por ello se ha puesto de relieve que la no exigencia del requisito de la imputabilidad conforme al § 829, no implica la transformación de la responsabilidad por equidad en una mera responsabilidad objetiva por la causación del daño: es declaración común en muchas sentencias -y declaración unánimemente admitida- que contradiría el sentido del § 829 BGB hacer responder a una persona no responsable conforme a los §§ 827 u 828 en mayor medida de lo que debería hacerlo alguien plenamente responsable en idénticas circunstancias (30); no se trata, por consiguiente, de una responsabilidad objetiva, ya que si el menor inimputable ha actuado de forma diligente, tal y como resultaría exigible a un imputable y, pese a ello, ocasiona un daño, no tendrá que responder tampoco en virtud del § 829 (31).

- Resta por tratar la última cuestión apuntada en el epígrafe de este apartado. Cuando se niega la responsabilidad del menor, no por ser inimputable, sino porque actuó con la diligencia exigible a los niños de su misma edad (conforme al § 276.1.2), en principio el menor no respondería ni por culpa ni por equidad (esto último, por ser presupuesto del § 829 que la responsabilidad del menor quede excluida precisamente por vía del § 828, o sea, por ser

---

29 Así, v.gr., K. LARENZ: "Lehrbuch des Schuldrechts", Band II, Bes. Teil, cit., pg. 598.

30 Vid., en este sentido, la S. BGH 26.6.1962.

31 En este sentido, LARENZ, K.: "Lehrbuch des Schuldrechts", Band II, Bes. Teil, cit., pg. 598.

inimputable); el daño quedaría, por tanto, sin reparar. Ello ha suscitado la cuestión de si es posible aplicar analógicamente a estos casos el § 829.

++ Los tribunales lo han admitido, separándose en este punto del tenor literal del § 829. En este sentido se pronunció por primera vez el OLG de Braunschweig en S. de 23.12.1953, siendo aceptada y aplicada después esa misma doctrina por el BGH (32).

Como motivo fundamental, la jurisprudencia ha invocado la injusticia comparativa que, de no aceptar la aplicación analógica del § 829 se produciría para el menor de 7 años en relación con el que ya los ha cumplido: mientras que para el primero, al no ser responsable en base al pfo. 1 del § 828, siempre quedaría abierto el camino para la responsabilidad por equidad, el menor mayor de 7 años estaría libre de cualquier obligación de reparar cuando, siendo imputable conforme al § 828.2, no hubiera actuado culpablemente teniendo en cuenta su grupo de edad (33).

Por otra parte, el § 829 no se entiende aplicable por analogía a todos los supuestos en que falte la negligencia, sino sólo a aquéllos en que dicha falta se deba a razones condicionadas por la pertenencia del menor a un determinado grupo de edad, al que,

32 Así, v.gr., en S. de 21.5.1963.

En contra de dicha aplicación analógica se ha manifestado un sector minoritario de la doctrina alemana: así, p.ej., MEZGER ("Haftet ein zurechnungsfähiger...?", cit., pgs. 597-8) y E. BÖHMER ("Kann § 829 auch bei einem...?", cit., pgs. 278 y ss.).

33 Así lo señala la S. BGH de 21.5.1963.

A favor del argumento jurisprudencial, vid., entre otros, KOEBEL: "Billigkeitshaftung...", cit., pg. 970; WILTS, W.: "Analoge Anwendung des...", cit., pg. 1098; SCHNITZERLING, M.: "Die Aufsichtspflicht über Minderjährige im Straßenverkehr", DAR 1967, pg. 156; y RAUSCHER, T.: "Haftung der Eltern...", cit., pg. 760. En contra, MEZGER: "Haftet ein zurechnungsfähiger...?", cit., pg. 597; y DEUTSCH, E.: "Zurechnungsfähigkeit...", cit., pg. 90.

Acerca de las posibles vías teóricas para solucionar dicho agravio comparativo, vid. WILTS, W.: "Analoge Anwendung des § 829 BGB?", VersR 1963, pgs. 1098 y ss.

por tanto, le son exigibles unos niveles de cuidado que pueden quedar por debajo de las necesidades objetivas del tráfico.

++ La doctrina, abundando en este último argumento, entiende que si al menor de edad mayor de 7 años le es aplicable el § 829 cuando no tiene el discernimiento preciso para comprender la responsabilidad, no hay razón para no aplicarle el mismo precepto cuando, aun teniendo tal discernimiento, no puede reprochársele una actuación negligente por haber observado la diligencia exigible a un niño normal de su misma edad, pero esa diligencia no llega a satisfacer la que objetivamente exige el tráfico (34). En ambos casos, el menor ha llevado a cabo un acto de los descritos en los §§ 823 y ss. BGB, por el que no se le va a poder exigir una reparación integral con base en una responsabilidad por culpa. La tipificación de niveles de diligencia en el marco del § 276.1.2, supone una individualización que, cuanto más compleja sea, más se va alejando del concepto general de protección del tráfico; de ahí que, proceda en este caso la aplicación del § 829, concebido como un contrapeso de determinadas reglas individualizadas (35). En el examen de la negligencia, se les exige que hayan observado la diligencia propia de alguien de su misma edad; pero puede ocurrir que ésta no sea la que, de forma totalmente objetiva, exige el tráfico (36); por ello, se considera que la aplicación del § 829 debe ser posible siempre que la

---

34 En este sentido, GEILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pg. 407.

35 Vid. KOEBEL: "Billigkeitshaftung von Kindern...", cit., pg. 970; y GEILEN, G.: "Beschränkte Deliktsfähigkeit...", cit., pg. 408.

36 En este sentido, vid. RAUSCHER, T.: "Haftung der Eltern...", cit., pg. 761. E. DEUTSCH subraya que *"es conforme a la decisión valorativa fundamental del Derecho de la responsabilidad extracontractual, dejar responder al joven en el marco de la equidad y después de los obligados a su vigilancia, por aquellas actuaciones que no alcancen a satisfacer las exigencias del tráfico"* (vid. "Zurechnungsfähigkeit...", cit., pg. 90).



responsabilidad por culpa fracase en base a consideraciones que tengan presente la minoría de edad del agente (37).

B) NO OBTENCION DE LA REPARACION DE LOS TERCEROS OBLIGADOS A LA VIGILANCIA DEL MENOR.

La responsabilidad por equidad del menor es subsidiaria de la responsabilidad de los obligados a su vigilancia *ex* § 832 BGB. Por ello, entra en juego sólo cuando la indemnización "*no pueda obtenerse*" de tales persona. En esta fórmula general, quedan englobadas tanto razones de tipo fáctico (ausencia, insolvencia económica, inexistencia, etc.), como jurídicas (prueba exoneratoria del último inciso del § 832.1). Sin embargo, los efectos para el obligado a vigilar *nó* son en todo caso idénticos. Cuando verifica con éxito la prueba a que acabo de aludir, queda liberado de responsabilidad; también puede ocurrir que, jurídicamente, sólo le sea exigible una parte de la indemnización, en cuyo caso el menor respondería del resto conforme al § 829. En cambio, cuando son razones de hecho las que explican que la indemnización no pueda obtenerse (en todo o en parte) del obligado a la vigilancia, aparecerá frente al lesionado como deudor solidario junto con el propio menor (§ 840.1 BGB), aunque en la relación interna con éste, sólo aquél está obligado a la reparación del daño (§ 840.2 BGB *in fine*).

Para iniciar el proceso contra el menor en base al § 829, no es precisa la interposición previa de una demanda contra los terceros obligados a su vigilancia ni la obtención de la correspondiente sentencia declarando que la indemnización no puede obtenerse de ellos; esta cuestión puede resolverse en el marco del proceso entre dañante y lesionado.

---

37 Comparten esta opinión, entre otros, E. DEUTSCH ("Zurechnungsfähigkeit...", cit., pg. 91), MERTENS (Comentario al § 829 BGB, cit., pg. 1400) y SCHÄFER, K. (Comentario al § 829, cit., pg. 701).

C) LA REPARACION DEL DAÑO COMO EXIGENCIA DE LA EQUIDAD.

Tanto la propia existencia de la obligación de reparar como la extensión y la forma de la misma (total o parcial, cantidad alzada de dinero o renta) dependen de lo que la equidad exija, no bastando, por consiguiente, con que la indemnización parezca "apropiada" o "fundada" (38). A estos efectos, las consideraciones de equidad deben partir de las circunstancias propias del caso concreto.

---

38 Vld., en este sentido, las SS. BGH de 24.6.1969 y 26.6.1973, así como la S. OLG Hamm de 14.12.1976.

### 3.3. CIRCUNSTANCIAS A PONDERAR PARA LA DECISION CONFORME A LA EQUITAD.

- Han de valorarse todas las circunstancias del caso, (39): así, v.gr., las características de la actuación de los afectados, el grado de discernimiento del menor, la posible participación de la víctima o la entidad de las consecuencias lesivas (40).

- No obstante, entre las circunstancias a ponderar, la situación económica de las partes ocupa un lugar fundamental (41). Al respecto hay que destacar algunas cuestiones:

1º) A los efectos del § 829, debe mediar entre los afectados un verdadero "*desnivel económico*", esto es, una diferencia patrimonial considerable que "*haga parecer injusto que el incapaz de culpa siga en el pacífico goce de sus bienes, mientras que la otra parte tiene que soportar sola las cargas derivadas del supuesto lesivo*" (42); esta misma exigencia ("*una considerable diferencia*") vale para las demás circunstancias del caso (43).

2º) Los "*afectados*", cuyas "*relaciones*" económicas hay que tener presentes, ¿son sólo la víctima y el menor causante del daño?, ¿o también, las personas con obligación de alimentos respecto de dicho menor?.

39 Vid. BÖHMER, E.: "Ist eine freiwillige Haftpflichtversicherung des gemäß § 828 BGB Nichtverantwortlichen bei Anwendung des § 829 BGB zu berücksichtigen?", MDR 1963, pg. 22; SCHAFER, K.: Comentario al § 829, cit., pg. 702.

Vid. las SS. BGH de 26.6.1962, 24.6.1969, 24.4 y 18.12.1979.

40 Vid. S. BGH 13.6.1958.

41 Vid., en este sentido KNÜTEL: Comentario a la S. BGH 24.4.1979, cit. pg. 20; ESSER, J. y WEYERS, H.-L.: "Schuldrecht", B.II, Bes. Teil., cit., pgs. 475-6; KÖTZ, H.: "Deliktsrecht", cit., pg. 119.

42 Tal es la constante jurisprudencia, recogida, entre otras, en las SS. BGH de 13.6.1958, 24.6.1969, 24.4 y 18.12.1979; también en las del OLG Oldenburg 9.1.1986, LG Kiel 12.5.1966 y LG Mosbach 20.8.1985.

43 En este sentido, vid., v.gr., la S. BGH 24.6.1969.

La tesis mayoritaria se inclina por la segunda respuesta, arguyendo que si el menor puede hacer efectiva una pretensión de alimentos, su propio y adecuado sustento va a quedar asegurado (tal y como exige el § 829 *in fine*), aún cuando tenga que responder del daño con sus propios bienes (44). A eso podríamos oponer que implica, en último término, hacer responder a los padres (obligados a la prestación de alimentos) por algo de lo que, conforme al § 832, no son responsables (45).

3º) La consideración del seguro de responsabilidad a los efectos del § 829 ha suscitado un considerable debate, al igual que en otros países que cuentan con normas similares (46).

44 Tal es la tesis defendida por KOEBEL ("Billigkeitshaftung...", cit., pg. 971) y aceptada por MERTENS (Comentario al § 829 BGB, cit., pg. 1401) y K. SCHÄFER (Comentario al § 829, cit., pg. 702). La atención a la situación económica de los padres del menor demandado en base al § 829 se vislumbra también en diversas sentencias (vid., v.gr., las del BGH de 13.6.1958 y 4.7.1967).

45 En esta línea se expresa BOSCHER, en "Haftung Minderjähriger und...", cit., pg. 898. Vid. también la S. OLG Köln 22.10.1980, que subraya que *"de los ingresos y la capacidad patrimonial del padre del demandado no se puede deducir ninguna responsabilidad del demandado mismo. No hay ningún precepto o principio jurídico que justifique la valoración de la capacidad patrimonial paterna"*.

46 Así, p.ej., en Austria, donde el § 1310 ABGB prevé la posibilidad de que el juez condene a una persona incapaz de culpa a la indemnización total o parcial de los daños que ocasione, en consideración a la capacidad económica de las partes implicadas. Las diferentes Salas del tribunal supremo austriaco (*Obersten Gerichtshof*) han interpretado de diverso modo este precepto, admitiendo unas veces que el seguro voluntario puede fundamentar, por sí solo, una pretensión indemnizatoria conforme al § 1310 ABGB (así, v.gr., la S. de la Sala 8a del OGH de 3.4.1974 [SZ 47, Nr. 43, pg. 202]), y negándolo otras veces (así, la S. de la Sala 2a del OGH de 15.6.1972 [SZ 45, Nr. 69, pg. 298]). La doctrina se encuentra también dividida, si bien parece irse imponiendo como mayoritaria (así lo señala KNÜTEL en su comentario a la S. BGH 18.12.1979, cit., pg. 463) la tendencia favorable a la consideración del seguro para la fundamentación de la pretensión (tesis defendida, p.ej., por PFERSMANN, H.: "Bemerkenswertes aus der SZ 45. Speziell die noch nicht veröffentlichten Entscheidungen", ÖJZ 1975, pg. 256; en contra KERSCHNER: "Freiwillige Haftpflichtversicherung als

Que el seguro está comprendido en las circunstancias del § 829 BGB es algo hoy admitido tanto por la jurisprudencia (47) como por la doctrina mayoritaria alemanas.

\* Ahora bien, el BGH limita la trascendencia de la consideración del seguro en los siguientes términos: en primer lugar, se trata de *una sola de las circunstancias a ponderar*, es decir, que la responsabilidad en base al § 829 no puede hacerse depender tan sólo del hecho de que quien cause los daños esté o no asegurado (48).

Por otra parte, el BGH establece una distinción:

- a) Cuando se trata de un seguro obligatorio de responsabilidad, éste puede ser tenido en cuenta tanto para la determinación de la cuantía de la reparación como para la fundamentación de la pretensión (49).

---

<Vermögen> im Sinn des § 1310 ABGB?", ÖJZ 1979, pgs. 282 y ss.

47 La posición de los tribunales alemanes ha experimentado al respecto una notable evolución, pues inicialmente no admitieron la consideración del seguro de responsabilidad en las decisiones de equidad hasta que, a partir de 1955, y tras un período de soluciones contradictorias, acabaron reconociéndola (vid. al respecto LEHNWERTZ, F.: "Die Bedeutung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für den Billigkeitsanspruch gemäß § 829 BGB", VersR 1974, pg. 940).

48 En este sentido, las SS. BGH de 15.1.1957, 26.6.1962 y 24.6.1969, entre otras. En la S. citada en último lugar, el Tribunal subraya que *"para poder dictar justamente la sentencia de equidad, es precisa la valoración del conjunto de circunstancias del caso y, entre ellas, sobre todo han de considerarse las relaciones personales y económicas de los afectados. La sola situación financiera de cada uno de ellos no exige declarar responsable a quien, conforme a los §§ 827 y 828 BGB, no responde de los daños que ocasiona -tampoco la circunstancia de que uno de los afectados (o incluso ambos) esté asegurado, ya con un seguro de responsabilidad (voluntario... u obligatorio), ya con uno de accidentes o de daños..."*

49 Vid. S. BGH de 15.1.1957.

- b) En cambio, tratándose de un seguro libremente contratado, el BGH observa determinadas reservas; ya en la S. de 13.6.1958 declara que la mera existencia del seguro no puede convertirse en un hecho fundamentador de la demanda, esto es, no merece consideración cuando las restantes circunstancias del caso no fundamentan responsabilidad alguna (50); pero si, al margen del seguro, la pretensión es fundada, resulta adecuada su ponderación a los solos efectos, por tanto, de determinar la cuantía de la indemnización (51).

El BGH ha justificado tal diferenciación en base a los distintos objetivos de cada uno de estos seguros: mientras que con la imposición del seguro obligatorio, el legislador piensa ante todo en garantizar a la víctima la reparación, cuando el seguro es voluntario su finalidad es, esencialmente, proteger al causante del daño frente a las consecuencias económicas negativas de sus actos y no, precisamente, ser motivo de su responsabilidad; en tales casos, la víctima debe tomar los daños que el inimputable le ha inferido como derivados de un desafortunado suceso, disponiendo tan sólo de una pretensión de equidad que depende de los particulares presupuestos del § 829 (52).

En esta línea, en S. de 18.12.1979, el BGH pone de relieve que el cambio de función del seguro de responsabilidad, de la protección del asegurado a la indemnización de la víctima, ha encontrado traducción en el seguro obligatorio, no así en el voluntario; por

---

50 Vid., en el mismo sentido, la S. AG Charlottenburg 12/13.9.1974. Igualmente, la S. BGH de 26.6.1962 señala que, a efectos de decidir si una pretensión es fundada conforme al § 829, no debe tomarse en cuenta la presencia del seguro de responsabilidad; pero la decisión no toca el tema de la posible incidencia del mismo respecto de la extensión de la indemnización.

51 En la misma línea, vid. las SS. BGH de 24.6.1969 , 24.4.1979 y 18.12.1979. En idéntico sentido se expresan las SS. OLG Köln 22.10.1980, OLG Oldenburg 9.1.1986 y OLG Koblenz 11.1.1989.

52 Vid. S. BGH 13.6.1958.

consiguiente, este último sólo puede influir en la cuantía de la reparación, cuantía que, en cualquier caso -y aquí se introduce otra limitación a la incidencia del seguro- debe guardar relación con la situación económica del responsable y no ser tan elevada que, caso de no existir el seguro, desproveería al responsable de los medios precisos para su adecuado sustento. La protección que otorga el seguro puede considerarse como parte del patrimonio, pero ésto ha de entenderse, no en la extensión de la cantidad máxima de cobertura, sino en el sentido de que permite una corrección de la cuantía de la indemnización (53).

No obstante, en la S. de 24.4.1979, el BGH admitió -si bien no como motivo determinante de su decisión que el seguro de responsabilidad -sin distinguir entre el obligatorio y el voluntario- podía justificar una pretensión en base al § 829 cuando "*mediara una especial intensidad de la agresión y de la intervención*" (54).

- 
- 53 En esta S., el BGH subraya que la diferencia entre fundamento y cuantía de la pretensión no constituye un criterio adecuado a efectos de la consideración o no del seguro de responsabilidad; la única conclusión que extrae de ésto, sin embargo, es que la cuantía de la reparación debe limitarse en el sentido indicado supra en el texto. A propósito de las novedades que apunta esta decisión en lo relativo a la (doctrinalmente) criticada distinción entre fundamento y cuantía de la pretensión, vid. el comentario al § 829 BGB de K. SCHÄFER, cit., pgs. 704 a 706; asimismo, las observaciones de DUNZ a propósito de la S. (Lindenmaier-Möhrig: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, Beck, München 1980, § 829, N<sup>o</sup> 9, pgs. 973 y 974) y las de FREIHERR en "Zum Einfluß von...", cit., pgs. 7 y 8.
- 54 Siguiendo a esta S., la del LG de Mosbach de fecha 20.8.1985 señala que el seguro ha de estar presente en la valoración global que exige el § 829 cuando el grado de culpabilidad "*natural*" sea elevado (es decir, mediando una agresión e intervención de especial intensidad); el carácter excepcional del caso planteado justificaba -a juicio del LG- afirmar la existencia de un desequilibrio económico entre las partes, teniendo presente que existía un seguro de responsabilidad.

\* La doctrina mayoritaria se muestra abiertamente crítica a la posición adoptada por el BGH (55). Pero esta crítica, partiendo de un presupuesto común, se dirige en dos sentidos diametralmente opuestos.

El punto de partida común es que ambos tipos de seguro merecen idéntico tratamiento a los efectos del § 829. Esto se justifica, por un lado, por el propio tenor literal del precepto, del que se deduce que exactamente las mismas circunstancias deben ponderarse tanto al decidir sobre la fundamentación como sobre la cuantía de la pretensión (56). Por otro lado, la crítica a la tesis del BGH en cuanto al seguro voluntario también se justifica por las situaciones absurdas a las que su aplicación puede dar lugar en la práctica: si la persona que ocasionó los daños está asegurada, pero es tan pobre que no puede exigírsele ni la más mínima reparación, el dañado habrá de afrontar ésta por sí solo (57); en cambio, con que pudiera pagar siquiera una mínima cantidad, ya estaría justificada la consideración del seguro a efectos de determinar la cuantía de la indemnización, la cual puede llegar hasta el límite de cobertura del seguro (58).

55 Tan sólo algún autor aislado respalda la línea jurisprudencial: así, D. BERNING (vid. "Haftungsfragen bei von...", cit., pg. 19); y W. WEIMAR (vid. "Die Billigkeitshaftung gemäß § 829 BGB", VersPraxis 1981, pg. 235).

56 Vid. POHLE, R.: "Bedeutsamkeit einer Haftpflichtversicherung für Ersatzpflicht des Schädigers.- Feststellung zukünftigen Anspruchs aus § 829 GB", nota a la S. BGH 13.6.1958, MDR 1958, pg. 839; LEHNWERTZ, F.: "Die Bedeutung des...", cit., pg. 942; y KNUTEL, R.: Nota a la S. BGH de 18.12.1979, cit., pg. 462.

57 En todo caso, la víctima sólo podría obtener del tribunal el reconocimiento de una pretensión condicionada a una futura mejora de la situación económica de quien ocasionó el daño (así, v.gr., en las SS. del BGH de 26.6.1962 y 24.4.1979) (vid. el comentario de MERTENS al § 829 BGB, cit., pgs. 1795 y 1796). Sobre las implicaciones de esta pretensión, vid. LORENZ, E.: "Billigkeitshaftung und Haftpflichtversicherung -Ein Harmonisierungsvorschlag-", VersR 1980, pg. 699.

58 Vid. POHLE, R.: "Bedeutsamkeit einer...", cit., pg. 839; HANAU, P.: "Rückwirkungen der...", cit., pg. 292; KÖTZ, H.: "Deliktsrecht", cit., pg. 120.



Ahora bien, mientras que el presupuesto común de estas críticas significa para un sector de la doctrina que el seguro de responsabilidad queda fuera de las circunstancias a valorar en el marco del § 829 BGB (*infra* a), para otros autores implica todo lo contrario (*infra* b).

a) Este sector doctrinal se basa en los siguientes argumentos:

- El principio de separación entre responsabilidad y seguro, conforme al cual, el asegurador sólo ha de indemnizar aquéllo que, según las reglas de responsabilidad, el asegurado debe (1).
- Una ruptura de tal principio en el ámbito del § 829 no está justificada (2): por un lado, porque contradiría la función del seguro de responsabilidad, que es proteger el patrimonio del asegurado, y no -en tanto las normas relativas a dicho contrato no sean modificadas- proporcionar a la víctima una reparación o proveerle de una indemnización más elevada; por otro lado, porque aún considerando el seguro como parte de los bienes de quien lo suscribió, ello no podría fundamentar la equidad de la responsabilidad del asegurado (3) (4).

1 Vid. SIEG, K.: "Überlagerung der bürgerlichrechtlichen Haftung durch kollektive Ausgleichssysteme", VersR 1980, pg. 1090.

2 Vid. LORENZ, E.: "Billigkeitshaftung und...", cit. pgs. 700 y 701.

3 Aunque E. LORENZ estima que un seguro concertado conforme a las vigentes condiciones relativas a este contrato no puede incidir en absoluto en las decisiones de equidad del § 829 (vid. pg. 701 del artículo cit. en la nota precedente), reconoce al propio tiempo que la jurisprudencia del BGH en relación con el seguro voluntario tiene efectos negativos para todos los afectados en este ámbito (vid. pgs. 699 y 700). Como solución, propone completar la descripción del riesgo del seguro de responsabilidad mediante una presunción *iuris et de iure* de equidad, esto es, mediante la inclusión de una cláusula contractual según la cual se presuma de modo absoluto la equidad de la responsabilidad del asegurado en los casos del § 829 (pgs. 702 y 703).

b) El segundo sector de la doctrina, cada vez más numeroso (5), critica al BGH porque, partiendo del respeto al principio de separación (cuando el seguro es voluntario), hace una interpretación demasiado estrecha del § 829 y no ajustada a las consideraciones sociales ni a la cada vez mayor acentuación del interés de la víctima en obtener una reparación (6).

El citado precepto consagra en términos generales una relación entre la situación económica de las partes y la pretensión. A estos efectos -según esta opinión-, el seguro de responsabilidad constituye para el asegurado un valor patrimonial (7), pero no en

---

4 Más puntualmente, P. HANAU ("Rückwirkungen...", cit., pgs. 293 a 296) invoca en términos generales los mismos argumentos que acabo de detallar, pero sólo por lo que se refiere al seguro voluntario. En cuanto al seguro obligatorio de automóviles, estima que no son válidas las mismas consideraciones, ya que en este ámbito han de tenerse presentes también el interés y la protección de las víctimas. No obstante, este seguro tampoco se encuentra entre los criterios de equidad del § 829, si bien por otras razones, a saber: que la regulación estandarizada de la responsabilidad por riesgo y del propio seguro de automóviles no deja espacio alguno a una norma de imputación tan individualizada como el § 829 BGB; ésta resulta superflua cuando, en base a la referida regulación, la reparación va a ser cubierta por el correspondiente asegurador.

5 En él se encuentran, aparte de los autores que en las siguientes líneas se citan, E. BÖHMER (vid. "Ist eine freiwillige...?", cit., pgs. 21 y 22) y J. ESSER (vid. "Schuldrecht", Band II, Bes. Teil, 4. Aufl., Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1971, pg. 395 y nota 18).

6 Vid. KNÜTEL, R.: Notas a la SS. BGH de 24.4.1979 y 18.12.1979, cit., pgs. 20 y 463.

7 H.-L. WEYERS ("Unfallschäden...", cit., pg. 127) ha puesto de relieve que en el caso de la responsabilidad por equidad del § 829 BGB no es el menor quien, por regla, paga las primas del correspondiente seguro, sino sus padres; de ahí que, según el mismo autor, *"la calificación de la cobertura como parte del patrimonio oculto que se ha producido un desplazamiento básico de la carga económica de la responsabilidad"*.

forma de bienes o de dinero, sino en cuanto defiende su patrimonio frente a eventuales pretensiones de indemnización (8).

Ello es así con independencia de que el seguro se haya suscrito voluntariamente o por imperativo legal, para seguridad propia o en interés de la víctima (9); además, se subraya que el objetivo de protección al dañado está presente en ambos tipos de seguro; finalmente, muchas veces falta una razón que explique por qué se ha impuesto el seguro en algunos sectores y no en otros, de lo que se deduce que no conviene proyectar una diferenciación frecuentemente casual en las decisiones sobre responsabilidad (10).

Por otra parte, si se considera que el seguro de responsabilidad forma parte del patrimonio del asegurado, debe admitirse que es relevante, no sólo a los efectos de fijar la cuantía de la reparación, sino también a los de servir de fundamento a la pretensión (11).

Esta tesis conduce a una ampliación del riesgo cubierto por el asegurador en el contrato, pero sus defensores aducen que aquél puede hacer fácilmente un cálculo de ese incremento y traducirlo en una subida de las primas (12), subida que, por propio interés del asegurador, se mantendrá dentro de límites razonables (13).

8 Vld. LEHNERTZ, F.: "Die Bedeutung des...", cit., pg. 941; y MERTENS: Comentario al § 829 BGB, cit., pg. 1794.

9 Vld. LEHNERTZ, F.: "Die Bedeutung des...", cit., pgs. 941 y 942.

10 Vld. BAR, Ch. v.: "Das «Trennungsprinzip»...", cit., pg. 326.

11 Vld. DEUTSCH, E.: "Haftung und Versicherung", JBl. 1980, pg. 300.

12 Vld. KÖTZ, H.: "Deliktsrecht", cit., pg. 120.

La dificultad del cálculo al que me refiero en el texto ha sido un argumento manejado por el BGH (vid. S. de 18.12.1979) para negar una consideración amplia del seguro a efectos de las decisiones sobre responsabilidad. Frente a ello opone R. KNÜTEL (en la cit. nota a la S., pg. 463) que, si no es por vía de la invocación explícita del seguro, en el fondo la jurisprudencia del BGH tendente a declarar la responsabilidad de los obligados a la vigilancia del menor siempre que existe

4º) Para decidir acerca de la responsabilidad por equidad conforme al § 829, se han de valorar las relaciones económicas tal y como se presentan en el momento del último trámite oral (14) (se trata de una regla general del proceso civil alemán). Ello no obstante, también pueden ser objeto de consideración los cambios que tales relaciones experimenten después; esto puede ocurrir de dos maneras:

- a) Es posible que, aunque en el momento de recaer sentencia, la situación económica de las partes no justifique el establecimiento de una responsabilidad por equidad, ya entonces quepa sospechar que tal situación puede cambiar en el futuro, de tal modo que una reparación en base a la equidad estaría justificada (15). Por ello y también (16) para eludir la prescripción y las dificultades de una prueba tardía de los hechos, la jurisprudencia ha admitido una vía para que la víctima vea garantizada su pretensión con carácter aplazado y condicionado: consiste en que pueda presentar una demanda para obtener la declaración judicial de que el demandado *"ha de reparar (total o parcialmente) los daños, cuando y en la medida en que la equidad lo exija y no se le prive de los medios precisos para su adecuado sustento y para el cumplimiento de sus*

---

un seguro familiar, mediante la exigencia de extraordinarios requisitos de diligencia, conduce a idéntico resultado para el asegurador; en cualquier caso, y aunque se omita la fundamentación expresa en el seguro, existe una ampliación del riesgo cubierto.

- 13 Vid. POHLE, R.: "Bedeutsamkeit einer...", cit., pg. 839.
- 14 Vid., v.gr., las SS. BGH 13.6.1958, 10.4.1962 y 24.4.1979.
- 15 A este respecto, la S. BGH de 24.4.1979 señala que no cabe excluir que algún día el demandado (a la sazón, un niño poco menor de 7 años) pase a disponer de una considerable fortuna propia, p.ej., por herencia, matrimonio, donación, ganancia o trabajo.
- 16 Vid. WUSSOW, W.: "Unfallhaftpflichtrecht", 13.Aufl., cit., pg. 204, con cita de sentencias que respaldan su opinión.

*obligaciones legales de alimentos"* (17), esto es, respetando los límites generales del § 829.

- b) La variación de las relaciones económicas que se produce después de haberse dictado sentencia, también puede ser objeto de ponderación cuando al dañado se le había reconocido una renta conforme al § 829, puesto que entonces cabe formular una demanda de modificación, según el § 323 ZPO.

---

17 Como muestras de esta reiterada jurisprudencia, iniciada ya por el RG (vid. su S. de 8.9.1942), vid. las del BGH de 13.6.1958 y 24.4.1979, y la del OLG Köln 22.10.1980.

#### 4. CONCLUSIONES.

Si se tienen en cuenta los principios que subyacen a los §§ 828 y 829 BGB, así como los objetivos de política legislativa que con ellos se persiguen, cabe concluir que la noción de culpa está presente en todo supuesto de responsabilidad del menor de edad, si bien este criterio de imputación se ajusta en cada uno de ellos a distintos parámetros y no ocupa en ambos preceptos idéntica posición. Este modo de razonar es posible si se admite que en el Derecho civil es válida y necesaria la exigencia de distintos grados de cuidado, según cuál sea el destinatario de la misma.

Ello se acepta en el Derecho alemán explícitamente por lo que afecta a los menores de edad: así, frente a la exigencia general de una diligencia conforme a las necesidades objetivas del tráfico consagrada en el § 276 BGB (aunque, luego, el modelo de conducta exigible haya sido estandarizado), el § 828 toma en cuenta las características concretas del menor que ocasiona un daño; frente a la responsabilidad basada en una culpa determinada conforme a las exigencias del tráfico, el § 828 consagra -como norma excepcional- una responsabilidad basada en una culpa subjetiva e individual cuando de menores de edad se trata.

Para compensar el privilegio que ello supone para estas personas y no dejar desprotegidas a las víctimas, se introduce la norma del § 829, que establece una responsabilidad basada en la equidad y en la que, además, es preciso que medie la culpa objetiva del menor. Se trata de una responsabilidad basada parcialmente en una culpa objetiva porque es presupuesto de la misma que la actuación del menor no haya respetado las medidas de diligencia que objetivamente el tráfico exige.

Al final resulta, por tanto, que también al menor de edad se le impone una exigencia objetiva de cuidado y que la necesidad de proteger un tráfico jurídico seguro también encuentra aquí cierto

lugar. Ahora bien, éste no es el único criterio que justifica la responsabilidad del menor conforme al § 829, sino que, además, -a diferencia de lo que ocurre en el marco del § 276- la equidad ha de exigir que el menor indemnice a su víctima, al menos en determinada cuantía. La sola culpa objetiva del agente no basta. De ahí que no sea suficiente caracterizar la responsabilidad del § 829 como una "*responsabilidad por culpa*", aun cuando ésta se califique de "*debilitada*".

Sin embargo, y al propio tiempo, de lo dicho se desprende que tampoco es correcto considerar la responsabilidad por equidad como una excepción a la responsabilidad por culpa. El § 829, en definitiva, hace responder a un menor cuya actuación, si bien no es culpable conforme al § 828, sí lo es atendiendo a las exigencias objetivas del tráfico (esto es, subjetivamente inocente, pero objetivamente culpable) siempre y cuando y en la medida en que así lo exija la equidad conforme a las circunstancias del caso.

#### **IV.2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MENOR** **EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Los Códigos penal y civil parecen, a primera vista, no adoptar criterios coincidentes, empezando ya por el dato de que mientras hay una normativa penal específica para los menores de edad que llevan a cabo un hecho tipificado como delito o falta, el Cc no hace mención expresa del menor por lo que a su responsabilidad civil extracontractual se refiere. Por ello hay que intentar la articulación de ambas regulaciones, después de analizar cada una por separado.



A) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR CONFORME AL CODIGO CIVIL

a) ART. 1902.

- Este es el punto de partida obligado y precepto clave, por cuanto establece como principio rector de nuestro Derecho de daños la responsabilidad por culpa. De ahí que su examen deba abarcar también el de la imputabilidad como presupuesto de la culpa (1).

Si en nuestro Cc no hallamos un precepto similar al § 828 BGB, sí que contamos con la definición de culpa del art. 1104, que determina el nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de cualquier obligación, tanto contractual como extracontractual (2).

El art. 1104 impone, como regla general, la observancia del cuidado que una persona prudente (el *buen padre de familia*) emplea en un concreto sector y en unas circunstancias determinadas (3).

- 1 Así lo reconoce la doctrina prácticamente unánime: entre otros muchos, vid. PUIG PENA, F.: "Compendio de Derecho Civil Español", T. IV, 2ª ed., Aranzadi 1972, pg. 562; ESPIN CANOVAS, D.: "Manual de Derecho Civil Español", vol. III, 5ª ed., Ed.Rev.Dº.Pr., Madrid 1974, pg. 485; ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2º, cit., pg. 521; y ANGEL YAGÜEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pg. 109.
- 2 Tal ámbito de aplicación se deduce de la propia ubicación del precepto en un Capítulo (el II del Tít. I del L. IV) cuya rúbrica es "*De la naturaleza y efecto de las obligaciones*". Como es sabido, además, la jurisprudencia ha reiterado que el art. 1104 Cc es aplicable a las obligaciones ex arts. 1902 y ss. (así, p.ej., en las SSTs de 14.12.1894, 2.12.1946, 30.6.59, 9.6.69, 8.7.1972, 15.2 y 10.10. 75, 22.10.77, 19.6.1984, 22.12.1986 y 7.12.1987).
- 3 Como ha declarado el TS, "...para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar, sino además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta tal conducta...". (vid. las SS. de 13.12.1985, 8.5.1986, 17.12.1986, 7.2.1988 y 28.10.1988).

Como se recordará, el concepto de negligencia contenido en el § 276 BGB se fija por referencia a la diligencia exigible en el tráfico, y ha sido obra de doctrina y jurisprudencia el establecimiento, en su seno, de diferentes niveles de exigibilidad, atendiendo así -entre otros datos- a la edad del sujeto de que se trate (4). El art. 1104 de nuestro Cc, sin embargo, explícitamente tiene en cuenta *"las circunstancias de las personas"* para determinar la diligencia exigible; lo cual permite -a mi modo de ver- que, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, se tenga en cuenta la minoridad del agente y la capacidad de entender y querer del mismo (5). La imputabilidad viene a incorporarse así a la misma noción de culpa como elemento subjetivo de la misma en el campo de los daños extracontractuales, en cuanto incide en el grado de cuidado exigible, que no ha de ser el mismo si se trata de un sujeto adulto, que si es un menor que, por su edad, no comprende el alcance de sus actos o, aunque lo haga, no actúa en consecuencia. De ahí que, en puridad, pueda no echarse en falta en nuestro Cc un precepto similar al § 828 BGB, porque el 1104, al hacer expresa mención de las circunstancias personales del sujeto, ya dispensa una particular protección a los menores en el sector de la responsabilidad extracontractual (se sacrifica, por consiguiente, el interés del tráfico al interés de la protección del menor).

4 Vid. pgs. 128 y 129 del Aptdo. 1 del Cap. IV.

5 Vid. a este respecto el comentario de A. CARRASCO PERERA al art. 1104 Cc, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.XV-vol.1º, EDESA, Madrid 1989. Cuando este autor estudia la cualidad de las personas como circunstancia a ponderar en la concreción del modelo del buen padre de familia, en particular a efectos de rebajar el nivel de diligencia debida, subraya que en el ámbito de la responsabilidad contractual *"...no resultaría válido un juego de las circunstancias personales de naturaleza tal que el buen padre de familia tuviera que ponerse hipotéticamente en las mismas condiciones mentales y personales del deudor"*; pero, a continuación, puntualiza: *"Lo que, acaso, pueda ser cierto en responsabilidad extracontractual, puesto que el tercero -dañado- no tenía previamente derecho a ninguna prestación determinada de parte del deudor, y éste, a su vez, no se <ofreció> voluntariamente (muy al contrario) a entrar en una relación obligatoria"* (op. cit., pg. 621).

Con ello, además, se obvian los problemas que en Derecho alemán ha planteado la articulación de los §§ 276 y 828.2 BGB y que, en la práctica judicial, ha conducido a que el verdadero examen de la responsabilidad del menor se verifique en el seno del primero, desproveyendo de virtualidad al segundo; resultado que se produciría igualmente de operar conforme al procedimiento - preconizado por un importante sector de la doctrina alemana- de pasar al examen de la imputabilidad del menor conforme al § 828 sólo cuando haya quedado constatada la ilicitud de su actuación según el § 276, precisamente por el hecho de que la edad ya se tiene en cuenta al determinar esta última.

Si el dato de la minoridad del agente cobra relevancia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es por cuanto incide en la capacidad de discernir acerca de las consecuencias de la propia actuación, de su posible peligrosidad y de lo que se debe hacer para evitarlas. De ahí que, a los efectos del art. 1104 Cc, se deba enjuiciar la concreta actuación dañosa de un menor por referencia a lo que se estime exigible a un *menor normalmente desarrollado de su misma edad* en las mismas condiciones de tiempo y lugar (6), del mismo modo a como se procede en el marco del § 276 BGB. Con ello, en realidad, se agota el juego que ofrece la ponderación de la edad -como ya hice notar en el análisis del Derecho alemán (7)-: porque si un niño normalmente desarrollado de, p.ej., 11 años, no ha observado en el caso concreto el cuidado exigible al grupo de niños de su misma edad, habrá que concluir que actuó culposamente, a no ser que no sea imputable por otra razón; pero esta razón ya no podrá ser la edad, sino, quizá, otra circunstancia personal (v.gr., el retraso mental), lo cual sale ya del campo propio de la valoración de la menor edad, que es el que aquí interesa.

---

6 En este sentido se manifiesta también C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, en "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 181 y 185.

7 Vid. pgs. 142 y 143 del Apto. 1 de este Cap.

Para cerrar el estudio de nuestras normas por referencia al Derecho alemán: como se recordará, el hecho de que el § 828.2 BGB la imputabilidad dependa sólo de la madurez intelectual, unido a la idea de la conveniencia de ponderar también la madurez volitiva del menor, ha llevado en la práctica a incluir el análisis de ésta en el marco del § 276 BGB (8). Atendiendo a lo que sobre la madurez volitiva quedó indicado en el Apto. referente al Derecho alemán (9), así como en la introducción general (10), parece lo más conveniente tener en cuenta ambos datos (capacidad de entender y capacidad de querer) al decidir acerca de la imputabilidad del menor (11). Para lo cual ofrece base en nuestro Derecho -a mi modo de ver- la fórmula amplia del art. 1104 que, al hablar de la diligencia *"que corresponda a las circunstancias de las personas"*, permite englobar ambos tipos de madurez.

Concluyendo: Un menor actúa culposamente a los efectos del art. 1104 cuando, conforme a su edad y a las circunstancias del caso, podía saber que no debía actuar como lo hizo -lo que algunos autores alemanes entienden como reconocimiento de la ilicitud del acto (12): capacidad de reconocer un deber de cuidado- y estaba en condiciones de haber obrado conforme a dicho entendimiento (madurez volitiva). Y si un menor puede causar daños culpablemente, lógico es que se le aplique el art. 1902 y que, por tanto, responda, no subsidiaria, sino directamente. Lo cual no es contradicho por que el 2º pfo. del art. 1903 obligue a los padres a responder *"de los daños causados por los hijos"*: de este precepto sólo cabe extraer consecuencias para los padres, pero en

8 Vid. pgs. 134 y 135 del Apto. 1 de este Cap.

9 Vid. pgs. 134, 135, 136 y 137 del Apto. 1 de este Cap.

10 Vid. pgs. 5 y 6 del Apto. A) del Cap. II.

11 Solución consagrada, p.ej., en los Códigos civiles Italiano y portugués (vid., respectivamente, las notas 15 y 13 del Apto. A) del Cap. II).

12 De la capacidad de entender que no se debe actuar de una determinada manera, es difícil de separar la de reconocer la propia responsabilidad, que, para el menor, no es otra cosa que el conocimiento (o la intuición) de que si hace lo que él sabe que no debe, podrá ser castigado de algún modo por ello.

ningún caso para los hijos, cuya responsabilidad se regula en el Cc en el art. 1902; como ha subrayado doctrina muy cualificada, la responsabilidad de los padres ex art. 1903 no sustituye a la del hijo ex art. 1902, sino que se añade a ella como garantía para la víctima (13).

-En esta conclusión -esto es, la aplicabilidad del art. 1902 Cc a los efectos de determinar la responsabilidad por culpa del menor de edad- coincide básicamente la mayor parte de la doctrina española por lo que se refiere a los actos dañosos del menor que no están penalmente tipificados. Respecto de esta doctrina interesa poner de relieve algunas cuestiones:

+ Por un lado, que existe una notable confusión en el planteamiento y desarrollo del tema, confusión que surge en gran parte por razones terminológicas, y a veces también equívocos conceptuales. Así, se utiliza el término de "*incapaz*" por el de inimputable civilmente (14), o para aludir al menor, considerando la minoría de edad como una causa de incapacidad (15); o, por ejemplo, se habla de "*imputabilidad*" cuando lo que en realidad se debería decir es "*responsabilidad*" (16); por último, hay quien

13 Vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 308 (con cita de otros autores en la nota 110 de la misma pg.); PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS de 10.3.83, cit., pg. 453; CASTRO, F. de: "Derecho Civil de España", T. II, Civitas, Madrid 1984, pg. 189.

14 Así, v.gr., LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 332 y ss.; también, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 156 y ss.

15 Así, p.ej., CONDE PUMPIDO (en "Los problemas de...", cit., pgs. 78 y ss.), quien habla de la minoridad como uno de los "*máximos extremos de la incapacidad civil*" (op. cit., pgs. 78, 89 y 91).

16 V.gr., cuando YZQUIERDO TOLSADA señala que Albaladejo defiende la tesis contraria "*a la imputabilidad de los incapaces en el terreno de la responsabilidad civil*" (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pg. 159), debe querer decir, en realidad, "*a la responsabilidad de los incapaces de entender o querer (o civilmente inimputables)*"; y así se deduce, tanto de la exposición que hace a continuación, como de alguna observación previa (vid. la pg. 157 del mismo artículo); exactamente lo mismo cabría decir respecto de su declaración

supedita la imputabilidad civil a la mayoría de edad y no a la capacidad de entender y querer (17).

Todo ello complica la tarea de interpretación de las posiciones defendidas por la doctrina y recomienda el empleo del máximo rigor. El concepto de capacidad civil o de obrar no nos sirve al objeto del presente estudio, aparte de que el menor no es un incapaz. A los efectos del art. 1902 Cc -lo hemos visto- interesa la determinación de la culpa conforme al cuidado exigible a cada grupo de edad y la capacidad de entender y querer propia del mismo.

+ Por otro lado, el hecho de que el Cc sólo prevea la responsabilidad extracontractual del menor por culpa, ha suscitado la polémica en torno a la admisibilidad o no en nuestro Derecho de una responsabilidad al margen de aquel criterio de imputación, con base en el pfo. 2º del art. 20.1ª Cp, cuando el hecho dañoso del menor no esté tipificado como delito o falta. Como veremos, esta polémica es sólo una -si bien central- de las que suscita el intento de articulación de los preceptos civiles y penales en nuestro tema.

---

como "*partidario de la tesis de la imputabilidad civil del incapaz*" (op. cit., pg. 161): léase "*...de la responsabilidad civil del incapaz de entender o querer -o del civilmente inimputable-*". Aparte de que, consistiendo la imputabilidad civil en la capacidad de entender y querer, no se puede ser defensor o no de la tesis de la imputabilidad de una persona, porque se trata de un puro dato fáctico, respecto del cual no tiene sentido estar a favor o en contra: lo que sí tiene sentido es estar en pro o en contra de que se exija su concurrencia como requisito de responsabilidad, esto es, de la tesis de la responsabilidad del inimputable.

- 17 Así, PUIG PENA, F.: "Compendio de Derecho Civil Español", T. IV, cit., pg. 563; opina este autor que la minoridad es por sí causa de exclusión de la imputabilidad, sin que ésta dependa de la capacidad de discernimiento del menor agente del daño; también en esta línea opina D. ESPIN CANOVAS: vid. su "Manual de Derecho Civil Español", vol. III, cit., pg. 485.

- Nuestros tribunales apenas si han aplicado el art. 1902 Cc a los menores de edad. Para empezar, es habitual que -por razones económicas obvias- sólo el padre sea demandado, aun en casos en que la edad y el carácter del acto del menor hacen pensar que también éste podría ser responsable (18); de hecho, en alguno de ellos (19) el tribunal juzgador admitió el carácter culposo de dicho acto, si bien no para derivar de ahí consecuencias responsabilizadoras para el menor -por lo demás, no demandado-, sino porque se parte en estas decisiones -a veces implícita, a veces explícitamente- de un criterio declarado con mucha más

18 Así, v.gr., en los pleitos que concluyeron por las SSTS de 12.5.1956 (muerte ocasionada por el disparo de revólver efectuado por un menor de 13 años de edad), 30.10.1956 y 10.7.1985 (pérdida de visión en un ojo a consecuencia del disparo de una escopeta por un menor de 14 años), 21.4.1961 (lesión en un ojo causada por un menor de 13 años al arrojar a la víctima una piedra), 8.5.1965 (pérdida de visión por la agresión con unos cardos protagonizada por dos niños de 12 y 14 años), 14.4.1977 (incendio ocasionado por una menor de 14 años que arrojó una cerilla encendida en unos matorrales) y 8.4.1980 (asalto a una propiedad privada con destrozo de algunos objetos y sustracción de otros, por un joven mayor de 16 años y otros dos por debajo de esa edad); vid. también la SAP (civil) de Valencia, de 17.10.1985 (accidente de circulación ocasionado por la maniobra imprudente de un ciclista de menos de 16 años), así como la de la AT (Sala 2ª) de Valencia, de 18.2.1988 (fallecimiento de un menor a consecuencia de la agresión de un chico de 14 años).

19 Así, en los de las SSTS de 30.10.1956 y 21.4.1961. O en los de la STS 8.5.1965 y de la AP Valencia 17.10.1985, en que, al condenar a los padres en base al art. 20 Cp -a diferencia de los otros supuestos, en que su responsabilidad se fundamentó en el 1903 Cc-, el tribunal hizo referencia, en el primer caso, a la "actuación críminosa" de los hijos y, en el segundo, a la "maniobra arriesgada, imprudente y antirreglamentaria del menor... con patente infracción de normas elementales de cautela y del art. 35 del Código de la Circulación...". Vid. también la STS 10.5.1985, en la cual el Supremo entendió que el accidente circulatorio de cuya reparación se trataba había sido motivado por culpa de los hijos menores (su edad no consta: tan sólo que eran menores de 16 años) de los demandados, al invadir todo el ancho de una carretera con las caballerías que montaban, sin ir provistos de luces y pese a las malas condiciones de visibilidad. En el mismo sentido, vid. las SSAAPP (civil) de Orense, de 31.1.1970, y de Bilbao, de 21.2.1974; y la de la AT Bilbao de 17.6.1987.

frecuencia en el ámbito de la responsabilidad empresarial que en el de la paterna: que la obligación de responder por los actos directamente dañosos de otros presupone siempre la existencia de culpa en el causante material del daño (20).

En aquellos casos -los menos- en que se ha demandado al padre, no sólo en su calidad de tal, sino también en la de representante del hijo menor de edad, la solución práctica suele ser idéntica: el tribunal se centra en fundamentar la responsabilidad del padre en base al art. 1903 Cc, imputándole la "*autoría moral*" del acto dañoso del hijo (21), o incluso afirmando la culpabilidad del menor, pero para "*repercutirla*" en los padres (22). Como excepción a esta línea, hay que recordar dos Sentencias de la Sala 1ª del TS:

- La primera, de 24.5.1947, confirmó la S. del Juez de Primera Instancia, que había condenado a un menor a satisfacer la indemnización de daños y perjuicios derivados del atropello que había cometido con el vehículo que conducía, así como, subsidiariamente, también a su padre. No interesa, en este momento, detenerse en la calificación de la responsabilidad del

20 Vid. *infra*, nota 2 del Apdo. II.2 del Cap. V, pg 279.

21 Vid. la STS 24.3.1979, a propósito de un supuesto en que un niño de 10 años arrojó una piedra de 4 ó 5 kilos desde un puente, yendo a caer sobre la cabeza de un joven que en aquel momento pasaba por debajo en una barca, causándole muy graves lesiones.

22 Así, v.gr., en la STS 8.2.1983. En este caso, un grupo de niños de edades en torno a los 12 años, jugando a dispararse mutuamente una grapas metálicas disparadas con <tiradores de goma>, alcanzaron en un ojo a otro niño que no intervenía en el juego. El TS entendió que de tales hechos derivaba "*la indudable culpabilidad de los menores*", pero, en vez de pasar a declarar su responsabilidad conforme al art. 1902 Cc, entendió aquella "*repercutible, a tenor del artículo mil novecientos tres, párrafo primero y segundo, del Código civil, en sus padres*".

En línea similar, vid. la STS 12.5.1981, que, tras calificar los actos de un menor de edad mayor de 16 años, indultado en el previo proceso penal, de "*culposos*", condena a su padre a pagar la indemnización, con fundamento en el art. 1903 pfo. 2.



padre como de *subsidiaria*, sino destacar que la demanda dirigida contra ambos, con invocación de los arts. 1902 y 1903 Cc, tuvo éxito y se tradujo en la declaración de responsabilidad del menor, cuya actuación se consideró negligente.

- La S. de 15.2.1975 fue dictada en un supuesto en que habían sido demandados el menor causante del daño y su tutor. El TS declaró responsables a ambos (igual que lo hicieron antes el Juzgado de Primera Instancia y la AT). Se trataba de un caso en que al menor (cuya edad no consta, pero que debía estar ya relativamente próximo a la mayoría de edad), se le había disparado la escopeta que llevaba, hiriendo al demandante en un pie. En casación, la defensa del menor alegó violación del art. 1214 Cc, con base en que el demandante no había probado la omisión por el menor de la diligencia exigible conforme al art. 1104 Cc; el TS lo rechazó en los siguientes términos: *"...en todo momento fue acreditado por la parte actora... la existencia de la <acción> y <omisión> determinante del daño indemnizable a que se refieren los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, y como por otra parte esa responsabilidad se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con la diligencia y cuidado que requerían las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto de que se trata, es evidente que no se ha vulnerado aquel artículo 1214 del Código Civil..."*.

Por consiguiente, estas dos sentencias respaldan la tesis que aquí se mantiene: esto es, que un menor puede ser responsable directo por sus actos con base en el art. 1902 Cc.

- Finalmente, y en cuanto a la extensión de dicha responsabilidad, a falta de una norma específica para los supuestos en que recae sobre un menor de edad, son de aplicación las reglas generales de los arts. 1911 y 1103 Cc. Este último permite al Juez podrá moderar la responsabilidad por negligencia, por tanto también la del menor, atendiendo a las particularidades del caso, a fin de

adoptar una solución equitativa, teniendo en cuenta, entre otras ideas, la de proporcionalidad entre incumplimiento y responsabilidad (23). Se evita de este modo el problema que en el Derecho alemán ha suscitado la ausencia de una norma (general o específica) al respecto, por lo que el menor declarado responsable debe reparar el total del daño aun cuando su culpa pueda revestir escasa entidad, solución ésta que -como se señaló en su momento- ha dado origen a la presentación de una *<Vorlagebeschluss>* ante el BVerfG (24).

---

23 En este sentido, vid. ESPIN CANOVAS, D.: "Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)", en Centenario del Código civil (1889-1989), T.I, cit., pgs. 827 y 828, quien incluye el art. 1103 entre los supuestos de indeterminación normativa que recoge nuestro Cc.

24 Vid. pg. 139 del Apto. 1 de este Cap.

## b) ART. 1905.

- Interesa hacer una referencia a este precepto, aunque sea breve, por cuanto el menor puede ser poseedor de un animal que cause daños (art. 443, inciso 1ºCc) (25).

Doctrina (26) y jurisprudencia (27) coinciden hoy en afirmar, con mayor o menor rigor, el carácter objetivo o, al menos, no culposo, de la responsabilidad que consagra el art. 1905, aunque en ocasiones se matiza, atendiendo a las dos causas de exoneración que consagra el propio precepto: la fuerza mayor y la culpa de la víctima. De ahí se sigue que el menor puede ser responsable en virtud de este precepto, con independencia de que sea o no culpable o imputable (28).

- Pocos supuestos de este tipo han llegado a nuestros tribunales, y aún éstos poco pueden ilustrarnos, puesto que, una vez más, la víctima demandó sólo a los padres. Así ocurrió en los casos resueltos por la STS 10.5.1985 y por la de la AP de Lugo de

- 
- 25 Acerca de la capacidad para adquirir la posesión, vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. III, 4ª ed., Tecnos, Madrid 1988, pg. 116.
- 26 Vid., entre otros muchos, BORRELL MACIA, A.: "Hacia la responsabilidad...", cit., pg. 123; COSSIO, A. de: "Instituciones de Derecho...", 1, cit., pgs. 305 y 306; SANTOS BRIZ, J.: Comentario al art. 1905 Cc, en "Comentarios al Cc y Compilaciones Forales", T.XXIV, cit., pg. 606; CASTAN TOBENAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", T. IV, 12ª ed., Reus, Madrid 1985, pg. 971; y ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg. 550.
- 27 Así, v.gr., las SSTs de 19.10.1909, 23.12.1952, 3.4.1957, 26.1.1972 y 15.3.1982.  
En algunas Sentencias se habla de una responsabilidad "*netamente objetiva*" (SAP Huelva 27.12.1985) o "*totalmente objetiva*" (SAP de Barcelona -Civil- 13.3.1989); en otras, se evita tal designación: vid. STS 23.2.1956 ("*esta responsabilidad nexal no es tan radical como la objetiva en su amplio sentido*"), STS 28.1.1986 ("*responsabilidad no culpabilista o por riesgo*") y SSAP Segovia de 2 y 15.12.1986 ("*responsabilidad semi-objetiva*" o "*por riesgo*").
- 28 En este sentido, vid. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 154.

22.10.1975. Al primero ya he tenido ocasión de referirme (29) y en la Sentencia ni siquiera se menciona el art. 1905: simplemente se afirma el carácter culposo de la actuación de los menores que conducían unas caballerías, para declarar la responsabilidad de sus respectivos padres en base al art. 1902 Cc.

La AP de Lugo, sin embargo, afirmó que el menor, hijo del demandado, propietario de un perro que mordió al hijo del demandante, era el poseedor del animal a los efectos del art. 1905 Cc. Pero lo hizo sólo para derivar de ahí la directa responsabilidad del padre conforme al art. 1903 Cc: *"en el supuesto de litis -declaró la AP- nos encontramos en el caso previsto en el art. 1905 del Cc, en el que es suficiente que un animal cause un perjuicio a las personas para que nazca la responsabilidad del poseedor del mismo, y dado que éste, en el caso que nos ocupa es un menor, tal responsabilidad corresponde de modo directo, según el art. 1903 del Cc, al padre del mismo,...* *... en función de la culpable... dejación de los deberes inherentes a la patria potestad encomendada en todas sus consecuencias al padre..."*. Sin embargo, repito, como el propio menor no fue demandado, nos quedamos sin saber cuál hubiera sido la decisión del tribunal respecto de la responsabilidad del mismo (30).

---

29 Vid. nota 19 de la pg. 175 de este Apto.

30 En cuanto a la responsabilidad de los padres, habrá que estar simplemente a la regla general: esto es, a si se les puede atribuir un acto u omisión negligente que se encuentre causalmente relacionado con la producción final del daño, pues, a estos efectos, lo mismo ha de dar, v.gr., que el hijo cause los daños conduciendo una motocicleta o con ocasión de ir montando un caballo.

También C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA admite que, junto a la responsabilidad del propio menor ex art. 1905 Cc, pueda mediar la de los padres por culpa (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pg. 154).

DIEZ-PICAZO y GULLON apuntan otra posibilidad: la de la responsabilidad de los padres frente al hijo menor de edad y responsable ex art. 1905, como obligados a administrar y vigilar los bienes del mismo, por culpa *in vigilando* (vid. "Sistema de Derecho Civil", vol. I, 6ª ed., Tecnos, Madrid 1988, pg. 248).

## B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR CONFORME AL CODIGO PENAL.

Puede ocurrir que la actuación por la cual el menor ocasiona un daño esté tipificada penalmente y no se encuentre amparada por ninguna causa de justificación (sea o no delito o falta). Respecto de estos supuestos, el Cp no sólo regula la eventual responsabilidad penal del agente, sino también su responsabilidad civil. A su estudio dedico las siguientes páginas.

### a) ART. 19.

El Cp, partiendo del criterio único de la edad biológica, ha establecido la frontera de la imputabilidad penal en los 16 años (art.8.2º) (32), dato que afecta a la responsabilidad civil del menor. Así, y puesto que -según establece el art. 19- "toda

---

32 La Sala 2ª del TS ha reiterado que la eximente del art. 8.2 Cp se atiene a un criterio exclusivamente biológico: la edad física o cronológica, sin remisión alguna a la edad mental o psíquica (cuya consideración iría, en su caso, por el cauce de los arts. 8 nº1 y 9 nº1 Cp): vid., v.gr., las Sentencias de 28.11.1967, 20.6.1968, 20.10.1982 y 3.10.1987. Esto es, que se presume que una persona normal, desde que alcanza los 16 años, tiene conciencia de la ilicitud de sus actos (vid. STS - Sala 2ª- de 3.4.1987). O (recogiendo la noción de imputabilidad penal que plasma la S. de 20.4.1987, de la misma Sala) posee las *"aptitudes críticas para desenvolverse u orientarse moralmente en la convivencia con los demás..."*, la capacidad para *"asimilar e interiorizar de forma medianamente satisfactoria, los valores socialmente más estimados y los esquemas de conducta más generalizados..."*. A este respecto, parece claro que la presunción de imputabilidad penal del mayor de 16 años tiene carácter *iuris et de iure*, sin perjuicio, claro está, de que -como se acaba de apuntar- otras circunstancias tales como el retraso mental, etc., puedan ser relevantes a efectos de apreciar otras eximentes distintas de la de la minoridad penal. Así lo entendieron, ya a propósito de los arts. 8 y 18 del Cp de 1870, GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, al señalar que *"desde la edad de quince años hasta la de diez y ocho, supone la ley capacidad suficiente para apreciar la moralidad y consecuencias de la acción criminal: presunción que también es IURIS ET DE IURE..."* (vid. "Elementos del Derecho...", T. III, cit., pg. 40).

*persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*", el menor de edad, a partir de los 16 años, queda sujeto a responsabilidad civil en el caso de que cometa delito o falta y, por supuesto, responderá penalmente, si bien la minoría de edad actuará como circunstancia atenuante (art. 9.3). El Cp establece así una responsabilidad civil directa, en principio -y atendiendo sólo a las normas de este Código- excluyente de la de los padres (ya que sólo el menor mayor de 16 años responde: en estos casos el Cp no habla para nada de la responsabilidad paterna) (33) y total (igual que si se tratara de un mayor de edad, al determinar la extensión de la obligación de reparar, habrá de estarse al art. 101 Cp y de su cumplimiento responderá con sus bienes presentes y futuros -art. 1911 Cc-; ello sin perjuicio de la posibilidad de moderación judicial que prevé el art. 1103 Cc).

---

33 Recuérdese que muchas son las Sentencias penales que declaran responsable sólo al hijo menor de edad pero mayor de 16 años, por aplicación del art. 19 Cp y por la circunscripción de la responsabilidad paterna a los actos de los hijos menores de 16 años, conforme a la regla 1ª del art. 20 (vid. *supra*, pgs. 81 y 82 del Cap. III; también, la SAP - esta vez de la Sala de lo civil- de Alicante, de 1.12.1986). La declaración en vía penal de la responsabilidad penal y civil de un menor de edad mayor de 16 años, no excluye, sin embargo, la eventual condena de un responsable civil subsidiario con apoyo en el art. 22 Cp, esto es, con fundamento en una relación de dependencia para cuya afirmación la simple vinculación paterno-filial no es ni elemento suficiente ni elemento necesario (sin embargo, acerca de la posición de los tribunales sobre este punto, vid. *infra*, pgs. 234 ss. del Apto. I.2 del Cap. V); vid., v.gr., las SSTs (Sala 2ª) de 16.10.1970 (responsabilidad civil subsidiaria del maestro por un delito de imprudencia temeraria cometido por un aprendiz menor de edad que trabajaba a su servicio), y de 6.11.1986 (responsabilidad civil subsidiaria de un Club de fútbol por un jugador de su plantilla, de 17 años de edad, autor de un delito de lesiones verificado en el curso de un partido contra el árbitro del mismo).

## b) ART. 20.1a PFO. 2º.

Si es menor de 16 años, queda exento de responsabilidad criminal (art. 8.2º) por concurrir -como dicen los penalistas- una causa de inculpabilidad, la inimputabilidad penal. En estos casos, por consiguiente, no puede haber delito ni falta (34), porque no se da uno de sus requisitos, esto es, no es un hecho imputable y, por ello, tampoco punible. Pero encaja en alguno de los tipos del Cp (hecho típico) y, además, no lo ampara ninguna causa de justificación (35). De ahí que la exclusión de la pena no implique, al propio tiempo, la exclusión de las consecuencias civiles del hecho cuando del mismo se siguen daños para la víctima. Se renuncia al castigo penal del autor, no a la reparación económica de los perjuicios. De ahí la previsión del art. 20 Cp, que en el pfo. 2º de su regla 1ª regula la posible responsabilidad civil del menor de 16 años por los hechos tipificados (no delitos ni faltas) que realice. Veamos cuáles son las notas de esta responsabilidad:

1.- Carácter de la responsabilidad y finalidad de la norma. Su carácter es subsidiario (36), porque se exige sólo cuando la reparación no puede obtenerse de los responsables directos, que son las personas bajo cuya potestad o guarda legal se encuentra el menor.

Ello pone de manifiesto la finalidad de la norma: proteger al perjudicado frente al peligro de no obtener reparación de los

34 Vld. *supra*, pg. 71 del Cap. III.

35 Vld. LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pgs. 123 a 127.

36 No obstante, algunos autores distinguen según cuál sea la causa que ponga en marcha la responsabilidad del menor, de modo que, mientras en las hipótesis de insolvencia o ausencia de culpa de los guardadores, hablan de *responsabilidad subsidiaria*, en los casos de inexistencia de estas personas entienden que la responsabilidad es directa; así, v.gr., ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pg. 1237; SOTO NIETO, F.: "El menor ante...", cit., pg. 226; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 169.

daños sufridos; por ello se establecen dos «líneas» de responsables: primero los imputables, después incluso los penalmente inimputables (37).

A este respecto, el pfo. 2º del art. 20.1ª menciona sólo dos causas de imposibilidad, ambas de carácter fáctico: la inexistencia de personas que tengan bajo su potestad o guarda legal al menor y la insolvencia de las mismas. No obstante, hoy es admitida de manera prácticamente unánime (38), y por interpretación analógica, una tercera causa, de índole jurídica, que también activaría el mecanismo de la responsabilidad subsidiaria del menor: se trata de aquellos casos (previstos en el art. 20.1ª pfo. 1º *in fine*) en que no hubiera culpa o negligencia por parte de los llamados a responder directamente; es la interpretación de la norma más acorde a su finalidad protectora del dañado (39), frente a la que no cabe invocar la imposibilidad de aplicar analógica o

37 Para una crítica del precepto y de la ponderación de intereses que efectúa, vid. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.**: "Derecho de la persona", Montecorvo, Madrid 1976, pg. 34.

38 Entre otros muchos, vid. **LATOUR BROTONS, J.**: "Responsabilidad civil de...", cit., pgs. 134 y 135; **LEON GONZALEZ, J.M.**: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 333 y 334; y, además, los autores citados en la nota anterior. Los penalistas coinciden también en esta interpretación: vid. **TERUEL CARRALERO, D.**: "Infracción penal y...", cit., pg. 39; vid. asimismo el comentario al precepto de **J. CORDOBA RODA** y **G. RODRIGUEZ MOURULLO**, en "Comentarios al Código Penal", T.I, Ariel, Barcelona 1972, pgs. 968 y 969.

39 Una cuestión interpretativa de análogo carácter suscitó en Italia el art. 2047 Codice civile, al prever la responsabilidad subsidiaria del incapaz de entender y querer en el caso en que el damnificado no hubiera podido obtener resarcimiento de la persona con deber de vigilancia que ha probado su falta de culpa; pues bien, el Tribunal de casación entendió que había que equiparar a la hipótesis prevista aquella en que falta la persona obligada a la vigilancia, pues lo que persigue la norma es evitar que la víctima quede sin indemnización (vid. la S. de 28.1.1953, n. 216, Giur. It. 1953, I,1, c. 496, con nota de **TRAVI**).

Recuérdese que la cuestión es resuelta, del modo más simple, en el § 829 BGB que, con una fórmula general, permite acudir a la responsabilidad por equidad en cualquier caso en que la indemnización "no pueda obtenerse" de las personas obligadas a la vigilancia: vid. pg. 153 del Aptdo. 1 de este Cap.



extensivamente las normas penales, puesto que se trata de una norma de naturaleza civil, aunque se encuentre incluida en el Cp. A mi modo de ver, estas mismas razones jutificarían que el menor respondiera cuando los padres quedaran exentos de responsabilidad por otra razón jurídica, cual es la falta de nexo causal entre su culpa y la producción del daño por el hijo (40).

Ahora bien, igual que puse de relieve en el estudio del ordenamiento alemán (41), mientras que en estos últimos casos (de exención de responsabilidad) los padres no se hacen cargo de la reparación porque jurídicamente no están obligados a ello, en el supuesto de insolvencia, en cambio, están obligados a reparar, puesto que hubo por su parte culpa o negligencia que hizo posible la actuación dañosa del menor. En estos casos hay, por consiguiente, dos partes obligadas a responder: tanto los padres - por culpa- en base al pfo. 1º del art. 20.1ª (otra cosa es que, por ser insolvente, no puedan indemnizar, pero lo que es claro es que la insolvencia no extingue su obligación de reparar), como el inimputable penalmente en base al pfo. 2º del mismo precepto. Por ello, me parece justo que -al igual que en el Derecho alemán prevé explícitamente el § 840.2 *in fine* BGB-, en aquellos casos en que la responsabilidad subsidiaria del menor entre en juego por insolvencia de los padres, aquél pueda repetir contra éstos lo pagado cuando devengan a mejor fortuna (42). Creo que el art. 168 Cc podría ofrecer base a este fin, puesto que si los hijos -al término de la patria potestad- pueden exigir responsabilidades a los padres por los daños y perjuicios debidos a una mala administración de sus bienes, no hay razón para negarles el mismo derecho cuando su patrimonio se ha visto igualmente perjudicado,

40 Y es que, si la responsabilidad paterna *ex art. 20.1ª pfo. 1 Cp* es una responsabilidad por culpa, ello presupone necesariamente que esa culpa, indirectamente, contribuyó u ocasionó la actuación dañosa del menor (*vid. pgs. 255 ss del Aptdo. I.2 del Cap. V*).

41 *Vld. pg. 153 del Aptdo. 1 de este Cap.*

42 En el mismo sentido, *vid. DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 873 y 874; y LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 187.*

en este caso por deber afrontar una deuda que, en puridad, es de los padres.

- Por lo que respecta a la aplicación judicial del 2º pfo. del art. 20.1ª en el ámbito que aquí interesa, tras repasar las decisiones de nuestros tribunales, no he encontrado una sola decisión que haga uso del mismo. Resulta de interés, no obstante, una STS, de fecha 13.9.1984, dictada con motivo de una demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por los hermanos de la víctima mortal de un enajenado mental que, por esta razón, había sido absuelto en el proceso penal. En vía civil fueron demandados la madre y los hermanos del demente, a quienes se condenó (en todas las instancias) en base al art. 20.1ª Cp, sin que se estimase su alegación de no hallarse el agente bajo su guarda legal, lo que -a juicio de los demandados y recurrentes ante el TS- debía dar lugar a la responsabilidad civil subsidiaria de aquél, en base al pfo. 2º del citado precepto. El TS entendió que *"...conocido por los codemandados el estado psíquico del autor del hecho delictivo, abiertamente incumplieron lo dispuesto en el (entonces vigente) artículo doscientos noventa y tres, párrafo segundo del Código Civil, en orden a promover la constitución del organismo tutelar, a lo que venían obligados todos los interpelados, determinando tal omisión, la indemnización de los daños y perjuicios, dado que la enfermedad mental de su hijo y hermano era preexistente y conocida de los mismos, con mucha antelación al momento del hecho ilícito penal, responsabilidad civil que, ante la declaración de exención de responsabilidad penal, generaba la aplicabilidad de la normativa establecida en los artículos veinte del Código Penal, en relación con el mil noventa y dos del Código Civil".*

Esto es, que no habiendo quien tenga bajo su potestad o guarda legal a las personas señaladas en los nros. 1º a 3º del art. 8 Cp - entre los cuales están los menores de 16 años-. para que entre en juego la responsabilidad subsidiaria de éstas, será preciso,

además, que tampoco hubiese sujeto alguno obligado a promover la constitución de la tutela; porque, de existir tales obligados, éstos serán responsables solidarios de la indemnización del daño causado (arg. art. 229 Cc).

2.- Fundamento de la responsabilidad. La doctrina coincide prácticamente en que se trata de una responsabilidad objetiva porque -se dice- no tiene en cuenta si el inimputable penalmente actuó culposa o negligentemente o si era civilmente imputable (43).

Sin embargo, esta idea me ofrece considerables reparos; reparos que, en gran medida, han quedado ya desarrollados en las secciones de Derecho comparado en las que abordé el estudio de otros preceptos que, en cierto modo, coinciden con el art. 20.1º pfo. 2º de nuestro Cp (44). En efecto, es claro que el Cp obliga al menor de 16 años a responder civil y subsidiariamente sin hacer alusión alguna a la culpa ni exigir para ello que sea capaz de entender y querer. Pero esto no significa que se trate de "*una responsabilidad puramente objetiva* -como opina LATOUR BROTONS (45)- *basada... en la exigencia de reparación del patrimonio del perjudicado por el titular de otro patrimonio, que lleva a considerar simplemente la relación causal entre el hecho y el daño*". El menor no responde por la mera producción de un daño, sino porque éste proviene de un acto que, además de estar tipificado penalmente, no está amparado por ninguna causa de justificación; lo único que hace que tal acto no sea constitutivo de delito o falta es que su agente aún no ha cumplido los 16 años:

---

43 Vld. LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 134; LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 335 y 339; SOTO NIETO, F.: "Solidaridad entre el...", cit., pg. 226; ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg. 545; DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pg. 873; y CASTRO, F.de: "Derecho Civil de España", T.II, cit., pgs. 188, 191 y 192.

44 Vld. pgs. 22 ss. del Apto II.A), así como las pgs. 166 ss. del Apto. 1 de este Cap.

45 Así lo señala en su artículo "Responsabilidad civil de...", ya cit., pg. 134.

esto es, que en la base de la responsabilidad civil está el hecho de que el inimputable penalmente ha llevado a cabo un acto objetivamente negligente o culpable, un acto que, de haber sido realizado por un mayor de 16 años (esto es, un penal y -a mi juicio, por lo que luego diré, también- civilmente imputable), constituiría delito o falta y, además, obligaría a su autor a responder civilmente de las consecuencias dañosas por culpa. No responde por la simple causación de un daño, porque, además, si ésto fuera cierto, resultaría que se trataría peor al penalmente inimputable, obligado a responder de modo objetivo aunque sea con carácter subsidiario, que a los imputables (entre los cuales estarían también otros menores de edad: aquéllos que ya hubieran cumplido los 16 años), responsables sólo por culpa o dolo (46).

Como se ha puesto de relieve ya en el estudio del Derecho alemán (47), también en nuestro ordenamiento ocurre que, mientras que en el ámbito de la responsabilidad por culpa ex art. 1902, los intereses del tráfico se sacrifican al interés de protección del menor, cuando la responsabilidad deja de apoyarse en la culpa subjetiva, el interés del tráfico pasa a un primer plano, ya que acaba imponiéndose al menor la obligación de responder por no haber observado la diligencia que objetivamente aquél exige, esto es, por haber incurrido en lo que cierta doctrina francesa denominó <culpa objetiva> (48) (y si es que, además, puede pagar en determinadas condiciones la reparación); en definitiva, el ordenamiento opta en último término por la protección de la víctima (49).

---

46 En este sentido, vid. PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pg. 456.

Como se habrá apreciado, los argumentos coinciden básicamente con los que, en ocasiones, se han utilizado en el marco del ordenamiento alemán, aunque -claro está- con las adaptaciones que las peculiaridades de cada norma positiva exigen.

47 Vid. pgs. 166-167 del Apto. 1 de este Cap.

48 Vid. pgs. 155 del Apto. A) del Cap. II.

49 Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Derecho de la persona", cit., pg. 34.

Pero -como observa H. MAZEAUD (50)- desde el momento en que se exige una actuación culposa, aunque sea objetivamente culposa, no se puede decir que se trate de una responsabilidad objetiva, porque ya hay una referencia a una pauta de conducta o a una diligencia que debe observarse; en cualquier caso, y si con "*responsabilidad objetiva*" se quiere decir "*responsabilidad por la mera causación de un daño*", la que consagra el art. 20.1ª pfo. 2º Cp no lo es.

En definitiva, aquí se da frecuentemente un problema de terminológico y lo que interesa, ante todo, es ir al fondo del tema y ver cuál es el sentido de la regulación. Por ello, puede decirse que, en virtud del precepto que vengo analizando, el menor de 16 años puede ser llamado a responder por la realización de un acto objetivamente culpable, si bien esta responsabilidad viene condicionada al dato de que el menor cuente con una mínima solvencia económica; este dato es relevante, por tanto, a la hora de declarar o no la responsabilidad del menor, pero además determina también su misma extensión. De ello paso a ocuparme inmediatamente.

3.- Extensión de la obligación de responder. La norma del art. 101 Cp es cuantitativamente recortada en el caso de responsabilidad subsidiaria del menor. Conforme al 2º pfo. del art. 20.1ª, el menor

---

En contra de lo expuesto supra se expresa C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 178 a 181 y 186 y ss.), quien antepone el interés del menor en la interpretación del precepto que comento: a su modo de ver, la responsabilidad subsidiaria del menor en los supuestos de falta de padre o guardadores legales o de falta de culpa en los mismos, se debe poner en relación con el art. 1902 Cc, de modo que se basa también en la culpa, una culpa que -a su juicio- se debe medir por referencia a la diligencia exigible a los menores de la edad del agente; únicamente en el caso de insolvencia de los obligados a responder directamente, la responsabilidad del menor será objetiva en base a razones de equidad (aunque siempre con derecho de regreso contra aquéllos).

50 Vid. "La «faute objective»...", cit., pg. 14.

de 16 años responderá *"con sus bienes... dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal"*.

Si con ello el legislador hubiese querido fijar el límite del embargo en el momento de la ejecución, la norma sería puramente reiterativa y no añadiría nada a lo que ya disponen las leyes procesales. Sin embargo, la doctrina que se ha ocupado del tema (51) no cree que éste sea el sentido de la disposición, sino que la norma, lejos de ser procesal, ha establecido un límite sustantivo a la responsabilidad del menor: no es, por tanto, un límite que opera en el momento de la ejecución de la obligación -dejando abierta así la posibilidad de reclamar posteriormente la parte de deuda que hubiese quedado pendiente-, sino que actúa ya antes, en la determinación misma de la cuantía indemnizatoria. Y, siendo ésto así, resulta que en este caso el menor sólo responde con sus bienes presentes, dándose una excepción al principio de responsabilidad universal que consagra el art. 1911 Cc.

Parece, pues, que el legislador ha intentado buscar un término medio en los intereses enfrentados de víctima y dañado menor de edad: aquélla obtendrá una reparación, pero sólo en la medida en que el menor pueda pagarla sin poner en peligro la cobertura de sus necesidades básicas (que son las que trata de asegurar el límite impuesto al embargo), atendiendo además exclusivamente a la situación actual de ambas partes. De ahí que pueda ocurrir que la víctima obtenga del menor una reparación solamente parcial.

Si se atiende a la finalidad de la norma, cabría entender que subyacen en la misma consideraciones de equidad, puesto que puede verse como injusto que la víctima de un acto objetivamente culpable quede desprovista de indemnización cuando su autor

---

51 Vld. CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pgs. 93 y 94; LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 340 y 341; y LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 192 a 195.

cuenta con bienes suficientes como para pagarla total o parcialmente, sin que por ello se vea amenazada al mismo tiempo la cobertura de sus propias necesidades.

Sin embargo, lo dicho puede pecar de un exceso de generalización: no siempre tiene por qué darse el caso de la "víctima pobre" de un "niño rico"; a la inversa, también puede ocurrir que la situación económica del damnificado sea mucho más desahogada que la del menor que, siendo incapaz de entender y querer, va a tener que responder porque le ocasionó un daño debido - indirectamente- a la culpa *in vigilando* de unos padres insolventes; ¿puede afirmarse sin dudar que éste sea un resultado equitativo?. Que la norma responde al fin de proteger a la víctima, es claro; que ello deba identificarse como un fin equitativo en todo caso, ya no lo es tanto.

No es ésto lo que ocurre en otros ordenamientos, en los que - como ya se ha visto (51)- la equidad se sitúa, junto con la realización del acto objetivamente ilícito, en el fundamento de la responsabilidad del inimputable y actúa, además, como criterio determinante del *quantum debeatur*; ello da pié a la consideración de todas las circunstancias particulares del caso, entre ellas la situación económica de ambas partes, cual exige la adopción de una decisión verdaderamente equitativa.

Nuestro Derecho, en cambio, se limita a valorar la situación económica del menor. Eso sí, también ha de decirse que en un aspecto recoge una solución más favorable para el menor que otros ordenamientos: en la limitación de su responsabilidad a los bienes presentes ya que, p. ej., en el Derecho alemán, como se ha visto (53), la búsqueda de una solución equitativa se proyecta también hacia el futuro en

---

51 Vid. pgs. 19 y ss. [24] del Apto. A) del Cap. II; y, respecto del Derecho alemán, pgs. 154 ss. del Apto. 1 de este Cap.

53 Vid. pgs. 164 y 165.

previsión de posibles cambios de fortuna, si bien es cierto que no sólo del menor, sino de ambas partes (víctima y dañante).

- A la vista de los caracteres de la responsabilidad del menor que consagra el art. 20 Cp -y prescindiendo por el momento de lo que se refiere a su enclave en este Código-, hay que concluir que coincide básicamente con la responsabilidad del inimputable que prevén otros ordenamientos, a los que ya me he referido en una visión global (54): así, en su carácter subsidiario, en la apreciación de la realización por el inimputable de un acto objetivamente negligente a los efectos de fundamentar su obligación de responder y, finalmente, en la atenuación de esta obligación, que puede no abarcar la completa reparación del daño. La diferencia básica radica en las circunstancias que son objeto de ponderación y la medida en que están presentes las particularidades del caso en la búsqueda de un resultado equitativo; en definitiva, en el papel que juega la equidad a la hora de fundamentar la obligación de responder.

#### C) ARTICULACION DE LAS REGULACIONES CIVIL Y PENAL EN MATERIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MENOR DE EDAD

Sistematizar de algún modo las líneas de pensamiento expresadas en este punto por la doctrina resulta una tarea en principio ardua, por la diversidad de planteamientos y de soluciones arbitradas. El criterio del que se parte oscila entre el carácter del acto dañoso del menor (según esté sometido al Cc o aparezca tipificado en el Cp: se suele distinguir entonces entre responsabilidad civil extracontractual -o ex ilícito civil- y responsabilidad civil derivada de delito -o ex ilícito penal-, respectivamente), la edad del menor (por encima o por debajo de los 16 años, al estar fijada ahí la frontera de la imputabilidad penal con efectos sobre la civil) y, finalmente, la capacidad de entender y querer del sujeto (imputabilidad civil).

---

54 Vid. pgs. 19 ss. del Aptdo. A) del Cap. II.



Como eje de la exposición que sigue voy a tomar éste último criterio.

a) La responsabilidad civil del civilmente inimputable.

Dos son las opiniones básicas al respecto:

1. Conforme a la tesis mayoritaria, el menor civilmente inimputable está obligado a responder de manera subsidiaria en los términos que establece el art. 20. 1ª pfo. 2º Cp, con independencia del carácter del acto dañoso del que deriva la responsabilidad civil: esto es, no sólo cuando éste sería constitutivo de delito o falta si no fuera por la inimputabilidad penal del agente -supuesto que no ofrece dudas- sino también cuando el acto no es contemplado por el Cp (o, como diría cierta doctrina, no sólo cuando se trata de responsabilidad civil ex delicto, sino también cuando es responsabilidad civil ex ilícito civil).

2. Un sector minoritario (55) entiende, en cambio, que el menor civilmente inimputable sólo puede quedar obligado a responder en el primero de los dos supuestos a que acabo de aludir.

Veámos qué argumentos ha manejado cada uno de estos sectores de opinión:

a') - Tradicionalmente, la tesis mayoritaria venía invocando el pfo. 2º del art. 32 Cc (56), pero el mismo fue suprimido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Cc en materia de tutela. El citado párrafo establecía en su último inciso: "*Los que se hallaren en alguno de esos estados (se*

55 El principal defensor de esta posición es M. ALBALADEJO (vid.infra).

56 Así, ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pg. 1247; SOTO NIETO, F.: "El menor ante...", cit., pg. 228 y "La responsabilidad civil...", cit., pg. 193.

refería a la demencia, sordomudez, prodigalidad o interdicción civil) son susceptibles de derechos y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero". Ello se interpretaba en el sentido de que entre esos "hechos" que podían dar lugar a una "obligación" para el menor había que entender incluidos los dañosos ocasionados por el mismo a un tercero (57).

La supresión de esta norma por la citada reforma no ha conmovido a los partidarios de la tesis a que me estoy refiriendo, pues respondió a motivos que en nada afectan a la responsabilidad del menor (58).

- Frente a la validez de este argumento, ALBALADEJO (59) mantuvo que este precepto sólo significaba que, pudiendo la ley establecer hechos que obligasen al incapaz, éste podía quedar obligado; pero, a su juicio, no probaba que uno de ellos fuera el caso que aquí interesa.
- En realidad, más bien parece que el último inciso del art. 32.2 poco venía a añadir a favor o en contra de la admisibilidad de la responsabilidad del inimputable. Como observa PANTALEON (60), de este precepto no cabía

57 En este sentido, vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 338 y 339.

58 YZQUIERDO TOLSADA explica la razón de la supresión en los siguientes términos: *"suprimido el catálogo de causas de limitación de la capacidad de obrar, debían ser suprimidos los preceptos del Código en que figurase toda referencia a dicha lista, y entre ellos el precepto del inciso primero del párrafo segundo del artículo 32... sin intención de dar a entender que de la supresión se pudiera deducir la no susceptibilidad de derechos y obligaciones, pues tal susceptibilidad... se posee desde el momento en que se es persona"* (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pg. 166; reitera su opinión en "Responsabilidad civil y guarda legal", Documentación Jurídica 1984, pg. 82).

59 Vid. "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg.545.

60 Vid. su comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pg. 456.

deducir otra cosa que la posibilidad de que el menor pudiera quedar obligado frente a terceros cuando se diese el supuesto de hecho de la obligación de que se tratara; en todo caso, es claro que el menor puede ser titular de obligaciones, lo que ocurre es que se han de dar los concretos presupuestos de cada una de ellas (61). Por ello, hay que partir de los preceptos que en nuestro ordenamiento regulan las obligaciones que nacen "*de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*" (art. 1089 Cc) para ver si la imputabilidad civil del menor forma parte del supuesto de hecho de la norma.

- b') - En el plano del Derecho positivo y vigente, el art. 20.1ª pfo. 2º Cp establece una responsabilidad subsidiaria del menor al margen de consideraciones de culpa (en el sentido supra expuesto), aportando así la razón -a mi juicio- más poderosa a favor de la tesis dominante en nuestra doctrina.

En primer lugar, es preciso justificar la aplicabilidad de esta norma a todo acto dañoso y objetivamente culpable, con independencia de que éste se encuentre o no tipificado en el Cp; por ello, estos autores insisten en aspectos que ya han sido puestos de relieve a propósito de la necesidad de suprimir la doble regulación que existe en nuestro ordenamiento: así, en que la responsabilidad civil extracontractual y la denominada responsabilidad civil «derivada de delito» tienen idéntica función y naturaleza (62) o en que el ilícito ha de considerarse unitariamente y

61 Vid. LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pgs. 148 y 149; DIEZ-PICAZO, L.: Comentario al art. 32 Cc, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.I, Ed. Rev. Dº. Pr. (EDERSA), Madrid 1978, pgs. 822 y ss.

62 En este sentido, vid. PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pg. 456.

no tratarse de modo distinto por las leyes civiles y las penales (63).

A mi modo de ver, si el objetivo de la responsabilidad civil es proporcionar a la víctima una reparación del daño, y en la regulación de la misma el Cp ha llevado ese objetivo hasta el grado de imponer al menor una responsabilidad subsidiaria al margen de la culpa exigida por el art. 1902 Cc, no se ve motivo para que la protección (económica) del damnificado quede condicionada al tipo de acto dañoso padecido (64). Por consiguiente, a los efectos del art. 4.1 Cc es claro que se da la "*identidad de razón*" entre el supuesto previsto por el Cp y el que el Cc no contempla; contra lo dicho no cabe invocar el pfo. 2 del art. 4 Cc, porque -como ya se ha señalado- la norma a que me refiero es de naturaleza civil aunque se encuentre ubicada en el Cp. (65).

- Sin embargo, estas razones no convencen a la doctrina minoritaria; conforme a ella, a falta de un precepto semejante al art. 20.1a pfo. 2º Cp en el Cc, la norma penal sólo se puede aplicar a los actos ilícitos penales -empleo su terminología-, porque no cabe hacer una interpretación extensiva de una norma excepcional (excepcional respecto de la regla general civil de la responsabilidad por culpa); para estos autores, los ilícitos civiles del menor quedan

63 Así, SOTO NIETO, F.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 193.

64 En esta línea, vid. BORRELL MACIA, A.: "Responsabilidades derivadas de...", cit., pg. 45; LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 335; y CASTRO, F.de: "Derecho Civil de España", T.II, cit., pgs. 188, 191 y 192.

65 Vid. DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 875 y 876.

Para LACRUZ BERDEJO (vid. "Elementos de Derecho civil", T.II-vol.1º, cit., pg. 499), esta responsabilidad del menor "*se deduce, no tanto de la extensión analógica del art. 20-1a, como del hecho de suministrar este precepto un criterio seguro para interpretar el 1902*".

sujetos a la regla del art. 1902 Cc: por tanto, si es incapaz de entender y querer, no concurre el requisito de la culpa y no responde (66).

c') - Otro de los argumentos en torno a los cuales se ha centrado la discusión es el de la equidad. Así, a favor de la tesis mayoritaria se ha observado que es más justo que el peso de la reparación sea para el menor inimputable pero autor de un daño objetivamente negligente que que deba soportarlo la víctima, sobre todo cuando el menor goza de medios económicos suficientes (67).

- Frente a ello se responde con el razonamiento, ya conocido, de que, siendo la responsabilidad por equidad una excepción a la responsabilidad por culpa y constituyendo ésta el principio en nuestro Derecho, no puede aplicarse extensivamente (68).

- En este punto, ambas ideas me ofrecen reservas. La última, por lo que ya quedó expuesto unas líneas atrás. La primera, por algo que también señalé en su momento: y es que, mientras que las normas que regulan la responsabilidad del inimputable en algunos ordenamientos comparados sitúan efectivamente a la equidad (aunque sea junto a otras consideraciones) en la base de la obligación de responder (no sólo se responde "en la extensión en que", sino también "cuando la equidad lo exija"), no me parece tan clara la justificación de nuestro art. 20.12 pfo.

---

66 Vid. ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg. 545; y LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 155.

67 Para una exposición de este argumento, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 157. Asimismo, vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 314 y 320 en relación con pg. 332; y ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pg. 1247.

68 Vid. ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg. 545.

2º por motivos de equidad (69). Si se ha de razonar en base a la finalidad de la norma, considero más exacto hacerlo en términos de protección al damnificado, como se ha hecho supra.

- d') - Finalmente, a favor de la opinión dominante se han traído a colación argumentos de tipo histórico, tendentes a poner de relieve que la idea de la responsabilidad sin culpa del menor cuenta con tradición en nuestro ordenamiento (70). En efecto, así fue consagrada, con el carácter de directa, en los Códigos penales de 1822 (71), 1848 (72) y, ya con el carácter subsidiario actual, en el de 1870.
- Sin embargo, los representantes de la opinión minoritaria dirían a este respecto que esas normas siempre se encuentran en los Códigos penales, para las hipótesis de actos dañosos tipificados.

69 Vid. *supra*, pgs. 190 ss. de este Apto.

70 En esta línea, CASTRO, F.de: "Derecho Civil de España", T.II, cit., pgs. 189 y 190; LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 337; y LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 170 y 171.

71 En su art. 27.1º imponía al padre, abuelo o bisabuelo la responsabilidad por las acciones de sus hijos, nietos o biznietos, menores de 20 años, que estuvieran bajo su patria potestad y en su compañía, pero puntualizando que *"esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente..."*

72 En la 2ª regla de su art. 16 establecía la responsabilidad directa de los menores de 9 años y de los mayores de 9 pero menores de 15 que obrasen sin discernimiento.

b) La responsabilidad del menor civilmente imputable

La doctrina suele partir de la siguiente distinción:

b.1- Si el acto dañoso no está penalmente tipificado, la doctrina mayoritaria (73) entiende aplicable el art. 1902 Cc a efectos de determinar la responsabilidad por culpa del menor, de modo que, siendo éste capaz de culpa, queda obligado a indemnizar (si bien, como en seguida se verá, esta obligación se concibe en muy distintos términos).

Frente a esta línea de opinión, existen criterios divergentes:

- El de aquéllos para quienes la responsabilidad de un menor en ningún caso puede deducirse del art. 1902 Cc, equiparando así minoría de edad con inimputabilidad (74).
- Para algún autor (75), la responsabilidad del menor se rige, como regla, por el art. 20 Cp, por lo que la capacidad de discernimiento, a fin de cuentas, no incide para nada en la decisión acerca de su responsabilidad, siempre subsidiaria (con una sola excepción: que el acto dañoso sea constitutivo de delito o falta -realizado, por tanto, por un menor penalmente imputable- y la acción se ejercite en el proceso penal: entonces se aplicará el art. 19 Cp).

73 Participa de esta opinión, aparte de los autores que en notas posteriores irán apareciendo, v.gr., A. BORRELL MACIA (vid. "Hacia la responsabilidad...", cit., pg. 115, y, sobre todo, "Responsabilidades derivadas de...", cit., pg. 43).

74 Vid. *supra*, nota 17 de este Aptdo.

75 Así, ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pgs. 1246 a 1248. En la misma línea, aun sin tratar el supuesto previsto por el art. 19 Cp, se expresan DIEZ-PICAZO y GULLON, en el "Sistema de Derecho Civil", vol. I, cit., pg. 248 y vol. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid 1989, pg. 625.

Volviendo a la doctrina que invoca el art. 1902 Cc como fundamento de la responsabilidad por culpa del menor, ya apuntaba que no existe unanimidad por lo que se refiere al carácter de la misma.

- a') Para algunos autores (76), la responsabilidad del menor civilmente imputable es subsidiaria de la de los llamados a responder por sus actos conforme al art. 1903 Cc.

Hay en esta interpretación una proyección del art. 20.1ª pfo. 2º Cp sobre el 1902 Cc, de modo que se entiende que el menor sólo queda obligado a responder ex art. 1902 cuando el guardador sea insolvente, o no exista, o no deba responder por culpa. Ello implica que la víctima necesariamente ha de dirigirse en primer término contra el guardador (77) y, si éste paga efectivamente la indemnización, carece de cualquier derecho de repetición contra el hijo (argumento a contrario ex art. 1904 Cc).

- b') Otro sector doctrinal afirma el carácter directo de la responsabilidad del civilmente imputable ex art. 1902 Cc; como la responsabilidad de los padres en virtud del art. 1903 es de idéntico carácter, el damnificado podrá accionar directamente contra cualquiera de ellos, pues ambas partes (padres e hijo) responden de forma solidaria (78).

76 Vid., entre otros, CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pgs. 87 y 91; CASTRO, F.de: "Derecho Civil de España", T.II, cit., pg. 191; LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 170 y 171; y ANGEL YAGUEZ, R. de: "La responsabilidad civil", cit., pgs. 110 y 111.

77 Así, ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", T.II-2, cit., pg. 544.

78 En este sentido, vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 307 a 309; LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pgs. 154 y 155; PANTALEON PRIETO, A.F.: Comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pgs. 452 y 453; y DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 876 y 877 (esta autora considera vigente la responsabilidad solidaria sólo mientras el menor no haya cumplido los 16 años; a partir de esa edad, entiende que sólo



Por ello, y puesto que tanto los padres como el hijo están obligados a la reparación, si aquéllos pagan la indemnización se entiende que han de tener derecho de regreso contra el menor en base al art. 1904 Cc (79).

b.2- Cuando el menor realiza un acto tipificado como delito o falta, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el art. 19 Cp (en relación con el 8.2º Cp). Desde que cumple los 16 años, el menor responde civil y directamente por las consecuencias de sus actos delictivos: puesto que el principio es que la capacidad de entender y querer es requisito de la responsabilidad civil, del art. 19 Cp cabe deducir una presunción (*iuris et de iure*) de imputabilidad civil del mayor de 16 años (80). Y puesto que no hay razón para circunscribir esta presunción a la sola esfera de

---

el menor ha de responder, por aplicación analógica del art. 19 Cp).

También SOTO NIETO (vid. "La responsabilidad civil...", cit., pgs. 189 y ss.) afirma el carácter directo y solidario de la responsabilidad del menor capaz de entender y querer frente a la víctima; ahora bien, en la relación interna entre los obligados y a efectos del establecimiento definitivo de las responsabilidades, entiende que el art. 1904 "induce a pensar que en caso de titulares de guarda y cuidado, la responsabilidad es en primer lugar -sin posibilidad de posterior acción regresiva- de los mismos y sólo en caso de su inexistencia, de su insolvencia o de demostración de su no culpabilidad...entraría en juego la responsabilidad del menor con su propio patrimonio" (op. cit., pg. 193); en definitiva, este autor coincide con la tesis de la subsidiariedad, aunque la circunscribe a las relaciones internas.

79 En este sentido, vid. LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 155; PANTALEON añade que, aunque a la vista de la dicción del art. 1904 la cuestión puede ser discutible, el regreso debería ser sólo parcial ya que, si los padres están llamados a responder, es porque ellos mismos han contribuido con su culpa a la producción del daño (vid. su comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pg. 453).

80 Además, si se entiende que el Cp presume *iuris et de iure* la imputabilidad penal del mayor de 16 años (vid. supra, nota 32 de este Apto.), con mayor razón habrá que aceptar la presunción de imputabilidad civil a partir de esa misma edad: la capacidad para ponderar el carácter ilícito y las consecuencias de la propia acción criminal (imputabilidad penal) implica la aptitud de entender y querer por que se caracteriza la imputabilidad civil.

los delitos y las faltas, creo que es válida para cualquier acto dañoso realizado por un menor mayor de 16 años.

En cuanto a si la denominada responsabilidad civil *ex delicto* del menor mayor de 16 años es exclusiva, la doctrina mayoritaria entiende que no y que las responsabilidades deducibles del art. 1903 Cc subsisten no obstante el carácter delictivo del acto dañoso (81).

Pero, ¿qué ocurre si el menor civilmente imputable que realiza un acto tipificado por el Cp es menor de 16 años? Un sector doctrinal no da trascendencia al dato de la capacidad de culpa civil y entiende aquí aplicable el art. 20.1ª pfo. 2º Cp: la responsabilidad civil del menor será, por tanto, subsidiaria e independiente de consideraciones de culpa (82).

81 Para algunos, en estos casos la obligación del hijo y la del padre son solidarias; así lo entienden A.F. PANTALEON PRIETO (vid. su comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pgs. 457 y 458) y C. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA ("La responsabilidad civil...", cit., pgs. 42 y 43). J. LATOUR BROTONS (vid. "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 140) y J.L. LACRUZ BERDEJO ("Manual de Derecho...", cit., pg. 596) consideran, en cambio, que la responsabilidad del padre es subsidiaria de la del hijo. Finalmente, bastantes son de la opinión de que el art. 19 Cp y el 1903 Cc son de aplicación alternativa -dando lugar, por consiguiente, a la responsabilidad del hijo o a la del padre- según la vía escogida para ejercitar la acción civil: así, v.gr., J.M. LEON GONZALEZ ("La responsabilidad civil...", cit., pg. 307), C. CONDE PUMPIDO ("Los problemas de...", cit., pgs. 94 a 98), C. ROGEL VIDE ("La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pg. 1240), F. SOTO NIETO ("El menor ante...", cit., pgs. 221 a 223) y, en un primer momento, M. YZQUIERDO TOLSADA ("La responsabilidad civil...", cit., pgs. 172 y 173).

Frente a la tesis mayoritaria, y a favor de la responsabilidad civil exclusiva del menor mayor de 16 años en todo caso, vid. DIAZ ALABART, S.: "La responsabilidad por...", cit., pgs. 864, 865 y 877; y, últimamente, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "El perturbador art. 1902...", cit., pgs. 2114, 2116 y 2134.

82 En este sentido, vid. CONDE PUMPIDO, C.: "Los problemas de...", cit., pgs. 91 a 93; LATOUR BROTONS, J.: "Responsabilidad civil de...", cit., pg. 143; y ROGEL VIDE, C.: "La responsabilidad civil extracontractual por los...", cit., pg. 1247.

Sin embargo, PANTALEON (83) entiende que lo que importa es la capacidad de entender y querer del menor, de modo que la respuesta relativa a su responsabilidad civil será igual, cualquiera que sea el carácter de su acto lesivo: por tanto, si es capaz de culpa civil, responderá también en base al art. 1902 Cc, directa y -en su caso- solidariamente con los padres, y ello aunque sea menor de 16 años; el art. 20.1ª pfo. 2º Cp sólo se aplicará al menor de 16 años civilmente inimputable.

c) Opinión personal

Como ya he adelantado, participo de la tesis favorable a la unificación de las reglas relativas a la responsabilidad civil derivada de un acto dañoso, con independencia de que el mismo se halle o no penalmente tipificado. Partiendo de tal presupuesto, considero que la responsabilidad civil del menor de edad frente a la víctima se rige en nuestro Derecho por los siguientes principios:

1.- Cuando se trata de menores de 16 años, su responsabilidad habrá de determinarse conforme al art. 1902 Cc, por lo que el juez habrá de decidir, en cada caso, si el niño en cuestión es o no capaz de entender y querer; si también aquí se aplicara la interpretación jurisprudencial desarrollada a propósito de este precepto (84), resultaría que, la prueba de la ausencia de culpa

83 Vid. su comentario a la STS de 10.3.1983, cit., pg. 458.

84 A propósito de la evolución de la jurisprudencia en la ponderación de la culpa como presupuesto del art. 1902 Cc, vid. HEREDERO, J.L.: "La responsabilidad sin culpa. Responsabilidad objetiva", Eds. Nauta, Barcelona 1964, pgs. 79 y ss.; O'CALLAGHAN, X.: "Los presupuestos de...", cit., pgs. 10 a 15; DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, cit., pgs. 607 y 608; y LOPEZ JACOISTE, J.J.: "Cien años de...", cit., pgs. 1143 y 1144. Asimismo, vid. las SSTs de 16.5 y 17.7.1986, 22.4 y 7.12.1987, 16.2 y 8.10.1988 y 9.6.1989; en ellas, tras afirmar el principio culpabilista como base del art. 1902, el TS reconoce su atenuación con pautas de carácter objetivo, derivadas del

(85) incumbiría al mismo menor (esto es, al encargado de su defensa) (86). Así, pueden ocurrir dos cosas:

---

principio de creación de riesgos y *"en aras de una más propugnable solidaridad social"*; tal objetivación es resultado -según recogen las mismas decisiones-, por un lado, de lo que califican como presunción de culpa y, por otro, de la elevación de la diligencia exigible (recuérdese la reiteradísima fórmula del *"agotamiento de la diligencia"*, que, como algún autor ha puesto de relieve, *"esconde una responsabilidad por riesgo sin paliativos"*: en este sentido, vid. el Comentario a la STS de 29.11.1988, de S. CAVANILLAS MUGICA, en CCJC 1989, nº 19, 488, pg. 45, que recoge jurisprudencia sobre este punto).

- 85 A propósito de la inversión de la carga probatoria en el marco del art. 1902 Cc, vid., entre muchas, las SSTS 7.12.1979, 18.3.1982, 2.4 y 22.12.1986, 19.2.1987 y 8.7, 19.10 y 28.10.1988; por contraste a, v.gr., las de 4.12.1903, 5.4.1913, 29.5.1915, 28.1.1919 y 14.10.1957, que aún asignaban al demandante la carga de la prueba de la culpa.
- Aquí es interesante llamar la atención, aunque sea de manera muy breve, sobre un hecho que se viene repitiendo con cierta frecuencia últimamente: se trata de la invocación del art. 24 pfo. 2º CE, en cuanto consagra la presunción de inocencia, para la defensa de los demandados. En ocasiones, el TS (Sala 1ª), haciéndose eco de la doctrina sentada por el TC, ha señalado que *"se trata de un derecho fundamental que no puede quedar reducido al campo de las presuntas conductas delictivas, sino que ha de extenderse también a las conductas administrativas o civiles de las que no sólo resulta una sanción, sino también una limitación de derechos"* (SSTS 19.1 y 5.5.1988). Partiendo de este planteamiento, algunas SSTS han subrayado que la presunción de inocencia no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, porque el art. 1902 ni es, por supuesto, una norma penal, ni tampoco represiva o sancionadora (STS -Sala 1ª- de 20.2.1989; la S. de la misma Sala de 28.1.1983 apuntaba su circunscripción al ámbito penal). A ello se añade que, aún en el caso de que se admitiera aquella aplicación, es una presunción *(iuris tantum)*, que puede ser destruida por cualquier medio de *"prueba efectuada por las partes ante el órgano de instancia, prueba que, aparte la testifical, incluye la de presunciones..."* (STS 26.7.1985, Sentencia cuyo comentario sirve a P. SALVADOR CODERCH para hacer algunas reflexiones sobre la propia presunción de inocencia y su papel en el ámbito de la responsabilidad civil; la progresiva objetivación de la misma y su alejamiento del principio de culpa, ha dejado -según este autor- poco lugar a la regla de la presunción de inocencia: vid. CCJC 1985, nº 9, 231, pgs. 2899 y ss., en particular 2906 a 2909). Subrayando también el carácter *iuris tantum* de la presunción de inocencia, la STS -S. 1ª- 2.3.1990 circunscribe su aplicación, en el ámbito civil y administrativo, a aquellas

- Si hay culpa por parte del menor (por consiguiente, si además de no observar la diligencia exigible a un menor normalmente desarrollado de su misma edad en similar situación, tampoco media una circunstancia -que sería ya ajena a la edad (87)- que determine su inimputabilidad civil), habrá de responder directamente, conforme al art. 1902 Cc.
- Si la responsabilidad del menor no puede fundamentarse en la culpa precisa a los efectos del art. 1902 Cc (ya por haber actuado con la diligencia que, conforme a su edad, le era exigible, ya por no serle imputable su actuar negligente) pero, sin embargo, realizó un hecho objetivamente culpable - vid. supra-, quedará sujeto a la responsabilidad subsidiaria y atenuada que consagra el art. 20.1ª pfo. 2º Cp.

2.- A partir de los 16 años, se presume *iuris et de iure* que el menor es civilmente imputable (arts. 8.2 y 19 Cp), por lo que, concurriendo en el caso concreto los demás elementos del supuesto de hecho del art. 1902 Cc, deberá responder por culpa directamente.

---

resoluciones judiciales que se basen "en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan acreditados".

En todos los supuestos citados, el TS rechazó el motivo del recurso en que se invocaba la violación del art. 24.2º CE, respetando además la actividad probatoria y la apreciación del conjunto de la prueba llevadas a cabo por el tribunal de instancia.

A propósito de la aplicabilidad o no de la presunción de inocencia al responsable civil en el proceso penal, se puede consultar el trabajo de A.M. LORCA NAVARRETE, "Acerca de los principios que informan la actuación del responsable civil en el proceso penal", RGD 1987, pgs. 2248 a 2252.

86 Vid. LEON GONZALEZ, J.M.: "La responsabilidad civil...", cit., pg. 306.

Así lo mantuvo, por otra parte, el TS en la ya citada Sentencia de 15.2.1975.

En cambio, en el Derecho alemán -ya se vió-, corresponde a la víctima probar la culpa del agente conforme al § 276 BGB.

87 Vid. supra, pgs. 171 de este Aptdo.



